

TESIS DOCTORAL

Una teoría sobre la derrotabilidad jurídica en el Estado Constitucional

Autor:

Roger Rafael Rodríguez Santander

Directora:

María del Carmen Barranco Avilés

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

“Bartolomé de las Casas”

Getafe, diciembre de 2015

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE DERROTABILIDAD JURÍDICA	11
1. Orígenes de la alusión al fenómeno de la derrotabilidad jurídica.	11
2. Delimitación del concepto de derrotabilidad jurídica.....	15
3. Derrotabilidad jurídica: una visión descriptiva y otra prescriptiva.	25
4. Relaciones y diferencias entre los conceptos de derrotabilidad, invalidez e inaplicación.....	42
5. Relaciones entre los conceptos de derrotabilidad jurídica y antinomias especiales.....	61
CAPÍTULO 2: DIGNIDAD HUMANA Y CAUSAS DE LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL	68
1. El concepto de Derecho y su vinculación con la moral.....	69
2. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales y fin supremo del Estado Constitucional.....	75
2.1 Fundamentos de la dignidad humana.	79
2.2 La dignidad humana y el acuerdo procedimental del racionalismo ilustrado.....	82
2.3 El sentido de la dignidad humana y el valor de la autonomía.	86
2.4 Dignidad humana, menores de edad, personas con discapacidad y personas privadas de discernimiento.	102
2.5 Reconocimiento jurídico de la dignidad humana en los Estados Constitucionales y las reglas de dignidad inderrotables.	109
3. Los derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad humana.....	113
4. Los derechos fundamentales como causa de la derrotabilidad jurídica.	121
CAPÍTULO 3: LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS	128
1. Plenitud jurídica y principios: una aproximación histórica a partir de los principios generales del Derecho.....	128
2. Las definiciones del concepto «principios».....	135
3. Principios y razonamiento jurídico.....	138
4. Tesis sobre inexistencia de la separación conceptual entre principios y reglas: el Derecho como sistema de reglas.	140
4.1 La perspectiva de la lógica deóntica.	141
4.2 La teoría interna de los derechos fundamentales.	148
5. Tesis sobre la existencia de la separación conceptual entre principios y reglas.	158
5.1 Tesis fuerte sobre la separación conceptual.	159
5.2 Tesis débil de la separación conceptual.....	171

CAPÍTULO 4: CONFLICTO ENTRE NORMAS, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y DERROTABILIDAD DE RAZONES NORMATIVAS	178
1. La visión no conflictivista de las normas jurídicas y el escepticismo frente a la ponderación y la derrotabilidad jurídica.	179
2. La visión conflictivista de las normas jurídicas y su relación con la ponderación.	184
3. Las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral.	191
4. Las normas jurídicas como razones atrincheradas o excluyentes.	195
5. La derrotabilidad de las razones <i>supuestamente</i> atrincheradas o excluyentes y la actitud deliberativa del intérprete.	200
6. El objeto de la ponderación y de la derrotabilidad jurídica: ¿disposiciones y/o normas?	209
6.1 Distinción entre disposición y norma.	209
6.2 La derrotabilidad de los sentidos interpretativos (normas).	211
CAPÍTULO 5: META-REGLAS PARA LA ARTICULACIÓN RACIONAL DE UN RAZONAMIENTO JURÍDICO DERROTABLE	218
1. Antinomias constitucionales y derrotabilidad jurídica.	219
2. La estructura del principio de proporcionalidad y la validez de normas infraconstitucionales.	226
2.1 Finalidad válida.	227
2.2 Idoneidad.	228
2.3 Necesidad.	229
2.4 Estructura de la ponderación.	230
3. Convenciones y ponderación.	234
3.1 Convencionalismo profundo, coherencia y racionalidad.	235
3.2 Los criterios puestos a prueba.	239
4. Derrotabilidad jurídica sobre la base de la articulación de reglas y principios en los casos individuales.	252
CAPÍTULO 6: DERROTABILIDAD, INDETERMINACIÓN JURÍDICA Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE	263
1. Principales consecuencias de la derrotabilidad jurídica.	263
1.1 Fuerte indeterminación jurídica.	264
1.2 Crisis de la interpretación literal de las normas jurídicas.	269
2. Jueces y razón, legisladores y voluntad.	273
3. Concepto y características del precedente constitucional vinculante.	281
4. El precedente constitucional vinculante ante la derrotabilidad jurídica y la indeterminación del Derecho: una propuesta.	292
CONCLUSIONES	299

BIBLIOGRAFÍA.....306

INTRODUCCIÓN

El 24 de noviembre de 1996, el Tribunal Constitucional Federal alemán declaró la validez constitucional de unas sentencias penales que condenaban por la comisión del delito de homicidio a unos ex militares, por unos hechos acaecidos en el año 1984, bajo circunstancias en las que, de conformidad con el Derecho vigente y aplicable en ese año, no podían ser considerados como una conducta típica y antijurídica (BVerfGE 95, 96). El artículo 103º 2 de la Ley Fundamental de Bonn, dispone que «[u]n acto solo podrá ser penado si su punibilidad estaba establecida por ley anterior a la comisión del acto». En ningún extremo de dicha Norma Fundamental se establece expresamente que la aplicación de este artículo pueda ser exceptuado bajo alguna circunstancia.

El 15 de septiembre de 2003, el Tribunal Constitucional español consideró amparada por el derecho fundamental a la libertad de información, la difusión de una serie de datos personales procedentes del sumario de un proceso judicial que aún no había ingresado en la etapa de juicio oral (STC español 158/2003). El primer párrafo del artículo 301º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, establece que «[l]as diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley». Ningún extremo de la ley prevé que alguna de tales excepciones pueda sustentarse en el ejercicio del derecho fundamental a la información.

El 21 de julio de 2006, el Tribunal Constitucional peruano declaró fundada una demanda de amparo presentada contra una resolución del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), por violación del principio de presunción de inocencia, además de otros derechos fundamentales (STC peruano 2730-2006-PA). El artículo 181º de la Constitución peruana dispone que las resoluciones del JNE «son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». En el sistema jurídico peruano no se recoge ninguna excepción expresa al mandato de este artículo.

La lista de esta clase de casos podría ser larga e incluir sentencias de la Corte Constitucional colombiana, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense, de algunos de los más noveles tribunales constitucionales de Europa del Este, y de otros muchos órganos jurisdiccionales en todo el mundo. Pero seguramente con los casos citados basta para advertir un problema jurídico de singular excepcionalidad y relevancia: en todos ellos una regla jurídica semánticamente clara y de estructura completa, manteniendo su validez abstracta, ha

sido inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho claramente subsumible en su supuesto normativo, y sin que exista en el ordenamiento una excepción expresa a su contenido deóntico.

Una posibilidad de explicar estos sucesos, consiste en sostener que los órganos jurisdiccionales ya no aplican el Derecho o que, en todo caso, lo aplican solo cuando se acomoda a su particular sentido de la justicia. En otras palabras, un modo de explicar el fenómeno consiste en afirmar que el Derecho no es vinculante para los tribunales constitucionales. Lo curioso es que si así fuese, estaríamos ante una suerte de órganos anárquicos, que, sin embargo, y más allá de eventuales y atendibles cuestionamientos, suelen contar con el apoyo de los poderes democráticos y de las sociedades en general, que no parecen haber reaccionado institucionalmente (se insiste, más allá de algunos eventuales sucesos que finalmente no suelen trascender) contra estos modos de actuación. Por el contrario, en muchas latitudes, en términos generales, suele existir un manto de legitimidad y de reconocimiento hacia dicha posibilidad de razonamiento por parte de la jurisdicción.

Por ello parece preciso buscar otra razón. Y ella debe partir de la premisa de que allí donde la dignidad humana y los derechos fundamentales han alcanzado una reconocible fuerza jurídico vinculante, el Derecho parece haberse transformado, y ahora puede ser aplicado bajo ópticas que ponen a prueba muchas de las clásicas creencias sobre su configuración, entre ellas, la de su certeza o previsibilidad como valores preeminentes. Este nuevo enfoque de lo jurídico alcanza con singular notoriedad a las jurisdicciones constitucionales, llamadas usualmente a definir en última instancia el contenido del Derecho. Es esta relación simbiótica entre la juridicidad constitucional y la jurisdicción constitucional, la que llevó a W. Kägi a realizar la siguiente afirmación: «dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Constitución tienes» (cfr. *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 147). Frase que atendiendo a la fuerza vinculante y expansiva de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente, hoy en día podría ser reformulada del siguiente modo: «dime lo que piensas de la justicia constitucional y te diré qué concepto de Derecho tienes».

Las consecuencias de la acción de la moral incorporada en el Derecho resultan ser más fuertes, trascendentes y complejas de lo que parecía en un primer momento. Originalmente se creía que dotar de vinculatoriedad a la moral reconocida por el Derecho, no impediría que aquélla sea delimitada y finalmente sometida por la lógica y la institucionalidad de este. Pero actualmente parece ser que la consecuencia ha sido distinta. La moral instituida por el Derecho ha logrado que los rasgos de lo jurídico ingresen en un proceso de interacción los principios morales juridificados. La lógica, la

subsunción y el razonamiento deductivo, que antes se creía que deberían gobernar el juicio jurídico incluso estando de por medio la aplicación de normas con alto contenido moral, ahora parecen tener que interactuar con la tónica, la ponderación y el razonamiento problemático o práctico. Se trata, en definitiva, de un panorama que se condice bien con el siguiente diagnóstico de Alexy: más principios que reglas, más ponderación que simple subsunción, más jueces que legislador, y más Constitución que ley (cfr. *El concepto y la validez del Derecho*, 2da. edición, traducción de J. Seña, Gedisa, Barcelona, pp. 159 – 161).

Este es el escenario que permite que, sin necesidad de explorar más allá de las fronteras del Derecho, puedan verificarse sucesos como los descritos al iniciar estas líneas. Se trata de sucesos que exigen una aproximación teórica al problema jurídico que en ellos subyace.

La tesis principal de este estudio es que en los sistemas jurídicos cuyas constituciones reconocen e incorporan una moral sustantiva vinculante identificada con la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales, esto es, por antonomasia, en los Estados Constitucionales, los servidores públicos deben asumir que una norma jurídica, con independencia de la estructura y grado de claridad semántica que posea, puede ser inaplicable a un caso lógicamente subsumible en ella, en virtud del mayor peso de las razones morales derivadas, directa o indirectamente, de las normas jurídicas que reconocen derechos fundamentales y, en definitiva, que reconoce a la dignidad como valor jurídico supremo. De esta manera, se sostiene que, en estos escenarios, debe asumirse que la derrotabilidad es una propiedad de la norma jurídica regulativa, sustentada en la acción de la moral reconocida por el Derecho.

No se soslaya que a partir de los presupuestos de este estudio, *stricto sensu*, todo sistema jurídico que cobije en su Norma Fundamental una moral sustantiva vinculante, puede desencadenar la derrotabilidad potencial de sus normas regulativas, con prescindencia de si dicha moral se identifica o no los derechos que tienen como fundamento axiológico a la dignidad humana. Empero, este estudio se circunscribe a analizar el fenómeno en el marco de los denominados Estados Constitucionales.

La derrotabilidad de las normas jurídicas ha sido abordada desde distintos enfoques por la doctrina, y haciendo alusión a fenómenos no siempre relacionados entre sí. Sin embargo, en diversas ocasiones se ha negado su correspondencia cabal con el discurso jurídico, sea porque se cree que no tiene ningún espacio en él, o porque se considera que sus alcances son considerablemente limitados. En este estudio, sin embargo, no solo se defiende su plena correspondencia con el discurso jurídico práctico, sino su potencial conexión con la globalidad del Derecho, dejando a

salvo, eso sí, determinadas reglas derivadas de la dignidad humana, cuya inderrotabilidad genera la imposibilidad de establecer una conexión conceptual entre el fenómeno de la derrotabilidad jurídica que aquí se postula y el particularismo jurídico extremo.

El derrotero de la exposición en los seis capítulos del estudio, permitirá transitar por cinco aspectos vinculados con la derrotabilidad jurídica: a) su concepto, b) sus causas, c) su operatividad funcional, d) sus consecuencias, y e) una propuesta para aminorar los alcances de la que es su principal consecuencia, a saber, la indeterminación jurídica.

En efecto, el primer capítulo se ocupa de brindar el concepto de derrotabilidad jurídica que aquí se maneja. En tal sentido, en lo que al concepto respecta, se parte de dos elementos que sirven como antecedentes del enfoque de derrotabilidad jurídica que será propuesto. El primero se encuentra relacionado con la siempre incompleta formulación de los conceptos jurídicos que preocupaba al primer Hart, y el segundo con la teoría de los deberes morales *prima facie* de W. D. Ross. Inmediatamente, se hace alusión a ciertas manifestaciones en el Derecho que suelen ser asociadas con la derrotabilidad, pero que no se condicen con la relevancia práctica que aquí se le asigna, para luego hacer énfasis en los elementos que se consideran necesariamente relacionados con el fenómeno. En particular, se analizará cómo el discurso sobre la derrotabilidad se aleja considerablemente del concepto de invalidez en sentido abstracto que tanto caracteriza al operador jurídico europeo continental, y se asocia más bien con el concepto de inaplicabilidad concreta, tan cercana al pensamiento jurídico anglosajón, a su enfoque práctico del Derecho, y a la constatación de que las normas pueden protagonizar una serie de antinomias especiales, solo apreciables a la luz de un caso concreto.

Al abordar las causas de la derrotabilidad, se partirá de una visión general de la relación entre moral y Derecho, y de las particularidades que pueden derivarse de la acción de aquella cuando es incorporada a este. Evidentemente, en este ámbito la dignidad humana, conforme al sentido que se le adjudicará –vinculado con la autonomía y con la consideración del ser humano como fin en sí mismo– y los derechos fundamentales gozarán de un singular protagonismo, analizándose cómo desde su reconocimiento en los documentos jurídicos han ido gobernando con cada vez mayor notoriedad el criterio de los órganos jurisdiccionales. En esa medida, se abordará el tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional como escenario en el que, de la mano de la jurisdicción constitucional y del principio de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución, la dignidad humana y los derechos

fundamentales evidencian un efecto irradiatorio hacia todo el ordenamiento jurídico, el cual actúa como principal causa de la derrotabilidad jurídica.

El estudio de la derrotabilidad jurídica exige analizar el modo en el que pueden ser concebidas las normas jurídicas y las relaciones existentes entre ellas. Esto lleva a situarse en el campo de la separación conceptual entre principios y reglas. Es justamente de esta temática de la que se ocupa el tercer capítulo.

Que existan principios en el Derecho no es algo que se acepte pacíficamente, sobre todo considerando que se les concibe de un modo muy diverso. La manera en la que suelen ser relacionados con una particular forma de razonamiento jurídico, muchas veces asociada con una suerte de *iusnaturalismo*, lleva a que desde ciertas perspectivas positivistas sean objeto de un abierto rechazo. Existen, en efecto, algunas posturas que niegan la existencia de la separación conceptual, y conciben al Derecho como un conjunto de reglas, sea porque se considera que las propiedades de los casos genéricos de las normas actúan como razones concluyentes (lógica deóntica), sea porque se considera que no tienen posibilidad de limitarse unas a otras (teoría interna de los derechos fundamentales).

Desde otra perspectiva, se defiende la idea de que en el Derecho pueden convivir tanto reglas como principios, siendo dos clases de normas entre las que existen diferencias cualitativas, pues mientras las primeras son aplicadas como operadores binarios (a la manera de «todo o nada»), los segundos se aplican gradualmente en atención al peso de su fuerza normativa en cada caso concreto (tesis fuerte de la separación conceptual). Frente a esta tesis, surge otra que propugna que la diferencia entre principios y reglas difícilmente puede ser establecida *ex ante*, pues surge en el momento interpretativo, de forma tal que una misma norma puede actuar como un principio en un caso, y como una regla en otro (tesis débil de la separación conceptual).

Afirmar que la derrotabilidad es una propiedad de toda norma jurídica, significa afirmar que toda norma jurídica, llegado el momento, puede actuar como un principio. En esa medida, existe proximidad entre la tesis de la derrotabilidad jurídica y la tesis débil de la separación conceptual entre principios y reglas. Aunque lo dicho, desde luego, no impide que paradigmáticamente una regla pueda ser caracterizada como una norma con autonomía semántica, y un principio como una norma con indeterminación semántica y alta carga axiológica.

En el cuarto capítulo se plantearán argumentos para sostener que es correcto asumir que los ámbitos protegidos por las normas jurídicas –en particular, por la *iusfundamentales*– pueden ser conflictivos, y que, en consecuencia, a veces necesario ponderar la importancia o peso que sus razones ofrecen para solucionar el trance.

Ello, sin embargo, no debe llevar a confundir el razonamiento jurídico con el razonamiento moral. Se verá que si bien el razonamiento jurídico toma en cuenta criterios morales, solo acepta como válidos aquellos que deriven de la moral legalizada que tiene como criterio último de validez el valor de la dignidad humana, a lo cual se suma que los rasgos institucionales del Derecho incorporan principios formales que interactúan con la moral sustantiva legalizada, cuestión que no ocurre con el razonamiento moral no institucionalizado.

Pero podrá verse también que, a partir de ello, hay muchos modos de entender cómo deben actuar las razones normativas en el razonamiento práctico. En esa medida, se analizará el entendimiento de las normas como razones excluyentes o atrincheradas, y también su concepción como entidades cuyas razones semánticas operan en diálogo con sus razones subyacentes cuyo contenido último viene determinado por los derechos fundamentales.

En el quinto capítulo se defenderá la idea de que si bien no corresponde confundir el razonamiento jurídico práctico con el razonamiento moral no institucionalizado, ello no significa que los principios formales del Derecho sometan necesariamente a sus principios materiales. En concreto, se brindarán argumentos para considerar que la incorporación de una moral sustantiva en el Derecho, obliga a situar a las razones morales que de ellas derivan en permanente articulación con las razones derivadas de los rasgos formales del Derecho, de tal forma que, presentado un conflicto normativo, todas las razones relevantes, formales o sustantivas, ingresen en un juicio valorativo que establezca su jerarquía para el caso concreto. Se observará que, progresivamente, el análisis desemboca en 17 meta-reglas, es decir, 17 reglas para la articulación racional de reglas entre sí, o de reglas con principios, a través del razonamiento jurídico.

Finalmente, el sexto capítulo versa sobre las principales consecuencias de la derrotabilidad jurídica. Tales consecuencias son una fuerte indeterminación jurídica fundamentada en la imposibilidad de conocer plenamente *ex ante* todas las excepciones a la aplicación de una norma, y una crisis de la interpretación literal manifestada en la imposibilidad de que en todos los casos las razones derivadas de la semántica de las normas jurídicas, actúen como razones concluyentes y definitivas. En esa medida, será menester explorar en un mecanismo que permita palear la fuerte indeterminación surgida de la derrotabilidad, lo que llevará al análisis del instituto del precedente constitucional vinculante.

Resulta claro entonces que la perspectiva del trabajo estará enfocada, fundamentalmente, en el punto de visto interno del Derecho, en el que la moral jurídicamente reconocida actúa también como criterio para identificar y aplicar las

normas jurídicas. Lo cual resulta compatible con la adopción, a su vez, de una perspectiva positivista metodológica en la aproximación al fenómeno jurídico.

CAPÍTULO 1: CONCEPTO DE DERROTABILIDAD JURÍDICA

En este capítulo se desarrollará el concepto de derrotabilidad jurídica que se asume en este estudio. Para tales efectos, en primer término, se realizará una exploración en los orígenes de la referencia al fenómeno (apartado 1), para luego ingresar en una delimitación que permita descartar algunos supuestos similares, hasta arribar al concepto propiamente dicho (apartado 2). Resultará también medular separar el concepto descriptivo de la derrotabilidad jurídica, de su sentido prescriptivo. Es decir, se verá que una cosa es entenderla como algo que *de hecho* o *de iure* puede darse en *cualquier* sistema jurídico, y otra entenderla como un fenómeno que por razones jurídico valorativas, *debe* darse en un concreto sistema jurídico (apartado 3). Puede adelantarse que aquí se defenderá la idea de que un real compromiso con el valor de la dignidad humana y los derechos fundamentales, implica entender que la derrotabilidad *debe ser* asumida como una propiedad de las normas jurídicas de los Estados Constitucionales.

Finalmente, se establecerán las relaciones y diferencias de la derrotabilidad jurídica con figuras como la invalidez y la inaplicación (apartado 4), así como el establecimiento del tipo de antinomia o incompatibilidad que presupone la derrotabilidad de las normas (apartado 5).

1. Orígenes de la alusión al fenómeno de la derrotabilidad jurídica.

En este apartado se dará una mirada retrospectiva a los primeros usos del concepto de derrotabilidad jurídica. Aunque los sentidos que originariamente se asignaban al concepto no van a coincidir en su totalidad con el que se asumirá en este estudio, se apreciará que en ellos subyace una característica del fenómeno que será medular para el sentido que aquí se le adjudicará: el análisis abstracto de un sistema normativo –sea jurídico o moral– no permite apreciar todas las propiedades que aseguran su aplicación a la realidad; es el razonamiento práctico el que permite determinar excepciones a su aplicación que en abstracto no es posible advertir. Véase.

Los orígenes de la alusión al fenómeno de la «derrotabilidad jurídica»¹ suelen ser atribuidos a los primeros trabajos de H. L. A. Hart. En un ensayo publicado en el año

¹ El término «derrotabilidad» proviene del inglés *defeasibility* que no tiene una traducción clara al castellano. De hecho, la palabra *defeasible* también podría ser traducida como «desplazable», «refutable» o «superable». Este último término, por ejemplo, es preferido por J. J. Moreso en determinados pasajes de su artículo «El encaje de las piezas del Derecho» (primera parte en: *Isonomía*, N.º 14, Abril 2001, pp.

1949², este autor sostenía la imposibilidad de establecer una lista cerrada de las condiciones necesarias y suficientes para que un concepto jurídico resulte aplicable. En busca de demostrar su afirmación, Hart se valía del siguiente razonamiento aplicable al contrato como concepto jurídico:

«Cuando el estudiante ha aprendido que en el Derecho inglés hay condiciones positivas requeridas para la existencia de un contrato válido, su comprensión del concepto jurídico de contrato aún es incompleta (...), pues esas condiciones, aunque necesarias, no siempre son suficientes y debe todavía aprender cómo se puede derrotar una pretensión sobre la existencia de un contrato válido, por más que todas esas condiciones se satisfagan. Es decir, el estudiante debe todavía aprender qué puede venir a continuación de la expresión “a menos que”, la cual debería acompañar a la formulación de tales condiciones. No existe una palabra en el lenguaje ordinario para designar esa característica de los conceptos jurídicos, pero el Derecho tiene una palabra que con cierta vacilación tomaré prestada y extenderé: la palabra “derrotable”. En ese sentido, entonces, contrato es un concepto derrotable»³.

Con ello, Hart está poniendo en duda que las modernas teorías del significado puedan ser aplicadas a los conceptos jurídicos, pues no es posible postular de antemano las condiciones necesarias y suficientes que hacen aplicable un determinado concepto jurídico, en la medida de que tales condiciones solo estarán enfocadas a los casos «típicos» o «normales», descuidando la inclusión de determinados supuestos no predecibles desde un análisis previo abstracto, sino solo apreciables desde uno posterior concreto, y que obligan a reconocer que a la formulación de aquellas condiciones, cabrá agregar eventualmente unas ciertas excepciones.

¿De qué excepciones se trata? ¿Por qué las condiciones expresadas en una formulación jurídica para referirse a un concepto jurídico, no pueden considerarse de antemano suficientes? Más allá de las intenciones originales (posteriormente abandonadas) sobre las que Hart planteaba esta problemática –referidas a la demostración de que el uso primario de los conceptos jurídicos es adscriptivo y no descriptivo⁴–, de ella resultaba rescatable la indeterminación que padecían los conceptos jurídicos. Como luego se verá, más adelante Hart profundizaría en este

135 – 157, y segunda parte en: *Isonomía*, N.º 15, Octubre 2001, pp. 165 – 192). En este trabajo se utilizarán, principalmente, los términos «derrotabilidad» o «derrotable», por ser los que han logrado un mayor posicionamiento en el marco del debate doctrinal castellano.

² Cfr. Hart, H. L. A., «The ascription of responsibility and rights», en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, N.º 49, 1948 – 1949, pp. 171 – 194. Este artículo fue posteriormente incluido en A. N. G. Flew (editor), *Logic and language*, Blackwell, Oxford, 1951, pp. 145 – 166 (varias veces reimpresso).

³ Cfr. Hart, H. L. A., «The ascription of responsibility and rights», ob. cit., p. 172.

⁴ Es concretamente este planteamiento el que Hart abandonaría años más tarde (cfr. Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968, p. v).

asunto aseverando la textura abierta del Derecho, derivada de la textura abierta del lenguaje natural en el que se expresan los enunciados jurídicos.

Con todo, en estas primeras aproximaciones, el problema de la derrotabilidad jurídica quedaba expuesto como un asunto independiente o no necesariamente relacionado con la indeterminación de una moral residente en el Derecho. No obstante, algunas conexiones entre ambos fenómenos comenzarían a ser puestas en evidencia al advertirse las notorias similitudes –recordadas por Bayón⁵– entre la frase «a menos que» con la que se diagnosticaba la derrotabilidad de los conceptos jurídicos en el pensamiento del primer Hart, y el «deber u obligación *prima facie*» de uso común entre los filósofos morales del período de entreguerras.

Se atribuye a W. D. Ross, crítico del utilitarismo, la postulación originaria de los denominados deberes *prima facie* (*prima facie duties*)⁶. Ross se oponía al axioma propuesto por G. E. Moore, que transitaba toda su obra *Principia Ethica*⁷, y que quedaba resumido en la frase *right means productive of the highest good* («derecho significa consecución del mayor bien»). Desde la concepción de Ross, lo que hace que una acción sea correcta, no es el mayor bien o la utilidad que deriva de ella, sino la relación que ella guarde con una serie de deberes que consideraba parte de la naturaleza fundamental del universo. Sin ánimo exhaustivo, Ross refería que tales deberes eran la fidelidad (deber de cumplir las promesas), la reparación (deber de compensar a terceros cuando se les produce daño), la gratitud (deber de agradecer a quienes nos ayudan), la justicia (deber de reconocer el mérito), la beneficencia (deber de mejorar la condición de otros), la mejora (deber de mejorar nuestras virtudes y nuestra inteligencia) y la no maleficencia (deber de no dañar a otros)⁸. Pero además consideraba irrazonable e innecesario pretender establecer una jerarquía abstracta entre ellos⁹. Desde su perspectiva, se trataba de deberes morales que gozaban de una igual jerarquía y obligatoriedad de cumplimiento.

Sin embargo, a su vez, Ross consideraba que tal igualdad jerárquica solo pervivía en la medida en que tales deberes no entren en conflicto práctico, pues en tal

⁵ Cfr. Bayón, J.C., «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en: *Isonomía*, N.º 13, Octubre 2000, p. 91.

⁶ Cfr. Ross, W. D., *The right and the good*, Clarendon Press, Oxford, 1930; reimpresso en 1967 y 2002. Hay traducción al español: *Lo correcto y lo bueno*, traducción de L. Rodríguez, Ediciones Sígueme S. A., Salamanca, 1994.

⁷ Cfr. Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903.

⁸ Cfr. Ross, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, ob. cit., pp. 36 – 37.

⁹ Así afirmaba Ross: «Cuando me pregunto qué es lo que en ciertos casos me hace estar seguro de que tengo el deber *prima facie* de hacer tal y cual cosa, descubro que ello reside en el hecho de que he hecho una promesa; cuando hago la misma pregunta en otro caso, descubro que la respuesta reside en el hecho de que he perjudicado a alguien. Y si al reflexionar descubro (creo que es lo que de hecho me ocurre) que ninguna de estas razones es reductible a la otra, no debo suponer por razón *a priori* alguna que semejante reducción sea posible» (cfr. Ross, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, ob. cit., p. 39).

situación la determinación de cuál sea el que ordene la acción apropiada solo podía alcanzarse concediendo supremacía a uno en desmedro de otro:

«Cuando estoy en una situación –tal vez lo esté siempre– en la cual es de mi incumbencia más de uno de estos deberes *prima facie*, lo que tengo que hacer es estudiar la situación tan completamente como pueda hasta que me forme la opinión meditada (nunca pasa de ser eso) de que en las circunstancias dadas uno de ellos es más de mi incumbencia que cualquier otro; pues estoy obligado a pensar que cumplir este deber *prima facie* es mi deber *sans phrase* en esa situación»¹⁰.

Es así que, desde una visión pragmática de las obligaciones morales, ninguna de ellas podría considerarse como absoluta, en la medida de que a la luz de las circunstancias de un caso concreto, todo deber es susceptible de ser derrotado por otro que, en esa situación específica, es el llamado a primar¹¹.

De este modo, si, de un lado, se unen las perspectivas analíticas planteadas por H. L. A. Hart y W. D. Ross, y, de otro, se considera que usualmente los ordenamientos jurídicos están presididos por normas con un fuerte contenido moral, entonces puede colegirse que la derrotabilidad de las disposiciones jurídicas, esto es, la excepción de la que puede ser objeto su aplicación, puede tener origen en la confrontación práctica de razones jurídico morales, cuya igualdad de peso, en todo caso, solo podría ser predicable en abstracto.

Desde luego, no se pretende sostener que alguno de los autores mencionados haya estado de acuerdo con esta conclusión. De hecho, ni Hart estaba pensando en la acción de la moral jurídico positiva, ni Ross vinculaba su análisis con los sistemas jurídicos; el enfoque de este último se sitúa en el plano de la filosofía moral, no de la filosofía jurídica. Se afirma, sencillamente, que es posible tomar como insumo sus posiciones para articular una tesis que fundamenta la derrotabilidad normativa¹² en el marco de los sistemas jurídicos.

A lo largo de este trabajo se sostendrá que, en efecto, la derrotabilidad jurídica, estrictamente entendida, guarda una relación necesaria con la derrotabilidad práctica

¹⁰ Cfr. Ross, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, ob. cit., p. 34.

¹¹ Tal como ha señalado Dancy, «Ross contrasta los deberes *prima facie* con lo que denomina deberes en sentido estricto. Una acción es un deber *prima facie* en virtud de que tenga una determinada propiedad; esta propiedad, quizás junto a otras, cuenta *en favor de* su realización, aun cuando propiedades adicionales puedan ir en su contra. La acción es un deber en sentido estricto si es una acción que debemos hacer *en general* –si, después de todo, debemos llevarla a cabo–. A la hora de decidir si esto es así intentamos sopesar entre sí los diversos deberes *prima facie* que concurren en el caso, decidiendo cuál es el que más importa, qué lado de la balanza pesa más. Existe un claro contraste entre el deber propiamente dicho y el deber *prima facie*» (cfr. Dancy, J., «Una ética de los deberes *prima facie*», en: P. Singer –editor–, *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, p. 314. Las cursivas son del original).

¹² En adelante se utilizarán las frases «derrotabilidad jurídica» y «derrotabilidad normativa» como conceptos intercambiables.

de las razones morales derivadas de las normas jurídicas. A continuación, se ingresa en el desarrollo de una primera delimitación del concepto de derrotabilidad jurídica.

2. Delimitación del concepto de derrotabilidad jurídica.

«Derrotabilidad jurídica» no es un concepto pacífico ni unívoco. Cuando a él se alude, puede estarse abordando una diversidad de fenómenos, no necesariamente relacionados. J. Rodríguez y G. Súcar, por ejemplo, hacen alusión a distintas acepciones del concepto, algunas atinentes a la derrotabilidad como problema teórico (vinculado con la identificación de normas que pertenecen a un sistema jurídico), y otras referidas a la derrotabilidad como problema práctico (relacionado con la aplicación de ciertas normas a casos particulares, una vez que ellas han sido identificadas)¹³.

Ciertamente, algunos de los significados del concepto de derrotabilidad jurídica, planteados por los referidos autores, parecen exceder los márgenes en los que suele desarrollarse el debate. Así, por ejemplo, consideran que el término derrotabilidad puede ser utilizado para aludir al hecho de que una solución normativa prevista en un enunciado jurídico, sea desplazada como consecuencia de la promulgación de otro enunciado jurídico que establezca una excepción expresa a la aplicabilidad del primero¹⁴. Incluir este supuesto en el concepto de derrotabilidad implica un exceso innecesario de rigor, porque es pacífico entender que el fenómeno de la derrotabilidad no se ocupa de los casos en los que la aplicabilidad de un enunciado es impedida como consecuencia de la inclusión expresa en el ordenamiento de una excepción por parte de un nuevo enunciado¹⁵, ni menos aún de los supuestos de abierta abrogación o derogación sobrevenida. Con el concepto de derrotabilidad jurídica, se alude, por el contrario, a la inaplicabilidad de un enunciado jurídico, a pesar de que el marco dispositivo del sistema —es decir, los textos jurídicos que lo conforman— ha permanecido inalterado.

Por otra parte, consideran como susceptible de incluirse dentro de los alcances del concepto de derrotabilidad jurídica el hecho de que toda pretensión formulada ante un juez y apoyada en un enunciado jurídico, puede ser derrotada por la otra parte, en la medida de que demuestre que en el caso ha tenido lugar la verificación de una

¹³ Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», en: P. Comanducci y R. Guastini (editores), *Analisi e diritto*, 1998, pp. 279 – 307.

¹⁴ Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., ob. cit., pp. 286 – 288.

¹⁵ R. Guastini tampoco se muestra de acuerdo con incluir este fenómeno dentro del concepto de derrotabilidad normativa (cfr. «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», en: *Doxa*, N.º 31, 2008, nota 7, p. 145).

excepción prevista por otra disposición del sistema¹⁶. Aunque, en efecto, existen autores que se han ocupado de la denominada derrotabilidad de pretensiones¹⁷, no es este el tópico sobre el que suele incidir la discusión. La razón de ello estriba en que, como quedó dicho, el concepto de derrotabilidad jurídica no guarda relación con la posibilidad de impedir la aplicación de un enunciado jurídico a partir de las expresas excepciones contenidas en otros enunciados –las cuales, aunque potencialmente numerosas, teóricamente, son susceptibles de ser conocidas *ex ante*, es decir, con anterioridad al análisis de un caso concreto–, sino con la posibilidad de que la referida inaplicabilidad resulte de una serie de *excepciones implícitas* en el ordenamiento, no extraíbles de la literalidad de los enunciados jurídicos, sino de la carga axiológica o moral de determinadas disposiciones jurídicas y solo apreciables en el marco del análisis de un caso específico.

Además de ello, existe otro problema jurídico que suele ser relacionado con la derrotabilidad, pero que, vistas con detenimiento las cosas, tampoco guarda con ella una estricta conexión. Se trata del problema de la denominada «textura abierta del Derecho», pero que no es privativo del Derecho, sino, en general, del lenguaje natural del que se extraen los términos en los que se formulan los enunciados jurídicos¹⁸. Este problema parte de considerar de que en todos los campos de experiencia, incluyendo el de las reglas jurídicas, hay un límite «inherente a la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar»¹⁹. Dicho límite se manifiesta en que a partir del examen de las palabras contenidas en los textos jurídicos se llegará a la conclusión de que el Derecho es parcialmente indeterminado, pues existen determinados casos a los que claramente son aplicables ciertas disposiciones (contraviniendo la posición del escéptico ante las reglas), mientras que habrá otros en relación con los que dicha aplicabilidad no resultará nada clara (contraviniendo la

¹⁶ Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., ob. cit., pp. 287 y 301 – 304.

¹⁷ Cfr. Farrel, M., «Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*», en: E. Bulygin (*et al.*) – compiladores–, *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, pp. 131 – 156. También, cfr. Carnota, R., «Lógica e inteligencia artificial», en: C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (editores), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1995, pp. 143 – 184. Y también, en parte, cfr. Prakken, H., y Sartor, G., «The three faces of defeasibility in the law», en: *Ratio Juris*, N.º 17, 2004, pp. 118 – 139.

Ahora bien, si la derrotabilidad de pretensiones en un juicio es asumida como una instancia de la derrotabilidad de normas jurídicas en razón de las excepciones implícitas a su aplicación derivadas de razones morales provenientes de lo previsto en otras normas jurídicas del sistema, entonces tal fenómeno de derrotabilidad sí puede ser asumido como una manifestación, en un ámbito institucional específico, de la derrotabilidad jurídica como fenómeno más amplio y general del que se ocupa este estudio.

¹⁸ La frase «textura abierta del lenguaje», fue utilizada por primera vez por F. Waismann en su artículo titulado «Verifiability», publicado originalmente en la revista *Proceeding of the Aristotelian Society*, N.º 19, 1945, y luego incluido en A. N. G. Flew (editor), *Logic and Language*, ob. cit., pp. 117 – 144.

¹⁹ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2da. edición, traducción de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, p. 157.

posición del formalismo)²⁰. De este modo, los casos claramente gobernados por las reglas, se encontrarían en la «zona de claridad», los claramente no gobernados por ellas en una «zona de oscuridad», mientras que habría otros que permanecerían en una «zona de penumbra». En este último supuesto se presenta lo que Hart denomina una «crisis de comunicación», pues habrá «razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas»²¹.

Desde luego, la textura abierta del lenguaje guarda estrecha relación con su ambigüedad tanto semántica (derivada del hecho de que una palabra tenga más de un significado) como sintáctica (cuando la variedad de significados resulta de la conexión entre las palabras de una misma frase), así como con el problema, más general, de su vaguedad²² –del que el propio Hart se ocuparía años después²³– y sus diversas manifestaciones²⁴.

No es este, sin embargo, un problema que tenga directa relación con la derrotabilidad jurídica²⁵. La textura abierta de los términos utilizados por ciertos enunciados jurídicos, es un problema que atañe a la indeterminación de las propiedades que deben estar presentes en un caso individual para dar lugar a la aplicación de un enunciado, o a las propiedades que han sido asumidas como

²⁰ «Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del [D]erecho, como una ley particular» (Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., p.153).

²¹ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., 158.

²² Waismann, no obstante, enfatizó que «textura abierta del lenguaje» y vaguedad no deben asumirse como sinónimos, pues no hay una coincidencia perfecta entre ambos fenómenos (cfr. Waismann, F., «Verifiability», en A. N. G. Flew (editor), *Logic and Language*, ob. cit., p. 120).

²³ Cfr. Hart, H. L. A., «Positivism and the separation of Law and morals», en: *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 62 – 72.

²⁴ Así, por ejemplo, la «vaguedad por gradiente», que se produce cuando una palabra alude a una propiedad que se da en la realidad en distintos grados (vg. la expresión «confiscatorio»); la «vaguedad combinatoria», que se produce cuando una palabra no se define por una serie de propiedades necesarias y suficientes, sino que hay un conjunto de propiedades relevantes tales que si un caso reúne un número indefinido de ellas le es aplicable, pero cualquiera de ellas puede faltar, sin que por ello la palabra deje de poder aplicarse (vg. la expresión «domicilio»; ciertas propiedades relevantes para que se considere que un espacio es, en efecto, un domicilio pueden ser el título en virtud del cual se le posee o la vida en intimidad que se desarrolla en él, pero ninguna de ellas es necesaria ni suficiente como para que inequívocamente sea aplicable el concepto jurídico de domicilio); y de la «vaguedad potencial o de textura abierta *stricto sensu*», referida al hecho de que pueden surgir casos con propiedades tan insólitas, que harán surgir dudas en torno a si le es o no aplicable una palabra (cfr. Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, 11ra. edición, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 264 – 268; también, cfr. Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2da. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 24 – 27, de donde se toman los ejemplos).

²⁵ Aunque como más adelante se verá, no se comparten algunos de los planteamientos de Guastini relacionados con la derrotabilidad jurídica, sí existe coincidencia con él cuando señala que esta no depende de la textura abierta del lenguaje (cfr. Guastini, R., «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», ob. cit., p. 153).

relevantes en un enunciado para dar lugar a su aplicación a un caso individual, y que deriva, a su vez, de la indeterminación del lenguaje. De esta forma, es un problema que bien puede empezar y terminar en la relación de un enunciado con un caso particular, sin necesidad de confrontar el referido enunciado con otros previstos por el ordenamiento, y en el que no tiene por qué estar necesariamente presente alguna consideración de carácter moral o valorativo. Se trata, en definitiva, de una dificultad proveniente de la incertidumbre lingüística de las disposiciones jurídicas, que no permite determinar con claridad cuándo un caso individual es subsumible en el caso genérico contenido en una norma, o, incluso –como bien se ha señalado– que no permite determinar con claridad cuál es ese caso genérico²⁶.

En el caso del problema de la derrotabilidad normativa, en cambio, el dilema en torno a la aplicabilidad o no de los enunciados jurídicos, no surge de una *amoral* dificultad lingüística, sino de las opciones valorativas por las que se decanta el Derecho (y su intérprete conforme a él), y que tienen su punto de inflexión no en el examen aislado de un específico enunciado, sino en su confrontación con otros cuyo contenido moral aporta razones para que el caso concreto se decante por una solución distinta a aquélla que vendría determinada en el hipotético supuesto de que el mundo del Derecho hubiese quedado reducido a la literalidad del enunciado derrotable²⁷.

Es cierto, sin embargo, que no toda dificultad lingüística en la aplicación de los enunciados jurídicos es neutral o avalorativa, pues existen determinadas palabras que no se limitan a describir hechos o a designar objetos, sino que, por antonomasia, tienen, además, una fuerte carga emotiva, favorable o desfavorable, y que se prestan a modulación por parte de quien las usa, dependiendo de si quiere utilizarlas en señal de aceptación o repudio de un determinado fenómeno (vg. expresiones como «democracia» o «dictadura»)²⁸. En estos casos, separar los problemas del lenguaje de los textos jurídicos y los valores que a ellos acompaña, sería inadecuado, porque se encuentran en una conexión prácticamente inatacable. No obstante, es claro también que en estos casos se traspasa el límite de la simple dificultad lingüística para ingresar en un discurso axiológico.

Teniendo en cuenta lo expuesto, a diferencia del escenario de la textura abierta del Derecho propuesto por Hart, en el que existirían determinados casos que ingresan inequívocamente en la zona de claridad de determinados enunciados jurídicos, en el

²⁶ Cfr. Redondo, C., «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», en: *Doxa*, N.º 20, 1997, pp. 177 – 196.

²⁷ Quizá por ello se haya señalado que en la derrotabilidad, así entendida, «lo decisivo (...) es contemplar el Derecho no solo en su función [de] guía unitaria de la conducta, es decir, como un mecanismo para el establecimiento unívoco de cuáles son nuestros deberes, sino, sobre todo, como una forma de protección de un cierto sistema de bienes o valores jurídicos» (cfr. Ródenas, A., «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas», en: *Doxa*, N.º 24, 2001, p. 68).

²⁸ Cfr. Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, ob. cit., p. 269.

mundo de la derrotabilidad jurídica, ni siquiera éstos podrían considerarse que se encuentran a buen recaudo. Y es que en el problema de la derrotabilidad jurídica, como es entendido aquí, los ojos no están puestos tanto en la claridad u oscuridad de las palabras de un texto jurídico, sino en la injusticia o injusticia jurídicas que de su aplicación o inaplicación pueda resultar. En resumidas cuentas, mientras en un caso estamos situados en el marco de un análisis cuasi avalorativo, en el otro nos desenvolvemos en uno profundamente axiológico²⁹.

Hay quienes han considerado conveniente diferenciar el análisis abstracto de la derrotabilidad jurídica, del análisis práctico que se puede hacer del mismo fenómeno. Se veía antes, por ejemplo, cómo Rodríguez y Súcar se valían de esta separación para arribar a variadas definiciones de derrotabilidad jurídica. También C. Redondo tiene un interesante enfoque en el que distingue la derrotabilidad o inderrotabilidad interna de un enunciado jurídico, de la derrotabilidad o inderrotabilidad de su conclusión jurídica en la práctica. En ese sentido, sostiene que «el primer tipo de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta a la identidad de las normas, el tipo de relación en el que ellas internamente consisten y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas. En cambio, la segunda clase de derrotabilidad o inderrotabilidad afecta a su capacidad en tanto razones sustantivas para determinar un veredicto concluyente, todas las cosas consideradas, pero deja intacto su contenido y la posibilidad de obtener conclusiones a partir de ellas»³⁰.

De esta manera, desde esta perspectiva, sería perfectamente posible que un enunciado jurídico inderrotable desde un punto de vista interno, es decir, una regla «genuina», a la que Redondo describe como aquella que es «invariablemente relevante (...) en el razonamiento en el que se toma una decisión sobre el status deóntico de una acción o situación»³¹, sea, sin embargo, derrotada a la luz del análisis de un caso concreto, debido a que el peso de su conclusión o razón para la acción, es menor que el peso de la conclusión o razón para la acción de otro u otros enunciados jurídicos.

Atendiendo al enfoque abstracto y práctico de la derrotabilidad, cabe destacar que el segundo reviste una mayor importancia para el análisis del Derecho, máxime si se concibe a éste como una disciplina esencialmente práctica. No en vano existe en la actualidad un cierto consenso en describir al Derecho como un instrumento racional de

²⁹ Aunque en ambos casos considera que el fenómeno de la derrotabilidad jurídica está involucrado, G. Ratti ha apreciado con atino que una cosa son las dudas interpretativas sobre la aplicación de normas, derivadas de valores subyacentes, y otra, las dudas que derivan de la textura abierta de su formulación (cfr. Ratti, G., *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175 – 194).

³⁰ Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», en: Paolo Comanducci y R. Guastini (editores), *Analisi e diritto*, 1998, p. 253.

³¹ Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 245.

control social, en la medida de que se encuentra orientado a disciplinar la conducta humana en sociedad, con el objetivo de alcanzar un cierto orden. En esa medida, el estudio del Derecho o de los enunciados jurídicos que se realice de espaldas o descuidando la incidencia que éste está llamado a generar en la esfera subjetiva de la persona humana, puede derivar en consecuencias artificiosas, que, en el mejor de los casos, aparezcan como indiferentes en su relación con el ser humano, y, en el peor, se opongan al contenido de sus derechos fundamentales.

C. Redondo no pierde de vista ello, y por eso resalta que, desde su perspectiva, la referida separación conceptual entre la derrotabilidad interna de una norma jurídica y la derrotabilidad de sus conclusiones, tiene un apreciable valor práctico. Dicho valor sería el siguiente: «Una norma genuina [entiéndase, un enunciado jurídico lógica o internamente inderrotable] podrá no tener el peso suficiente para determinar el resultado final; pero su aplicabilidad *nunca podrá ser desplazada en virtud de una excepción no expresamente prevista*»³².

Ahora bien, esta afirmación de C. Redondo puede ser entendida, cuando menos, de dos formas. Una manera de entenderla es considerar que de acuerdo con ella, el valor práctico de detenerse en el análisis de la derrotabilidad o inderrotabilidad lógica o interna de los enunciados jurídicos, estribaría en que identificada su inderrotabilidad, el juez gozaría de una información práctica importante y determinante, pues en tal supuesto debería asumir que el referido enunciado es también inderrotable a nivel práctico, a menos de que haya sido exceptuado *expresamente* por otro enunciado jurídico.

Si esa ha sido la intención de Redondo, no es posible compartir su planteamiento puesto que él supondría el desvanecimiento de la relevancia práctica de la separación conceptual entre una derrotabilidad en el plano de la identificación de las normas, y una derrotabilidad de las normas como razones para la acción. Y es que la afirmación de que una regla genuina solo podría ser derrotada a nivel práctico si el sistema expresamente así lo dispone, supondría aceptar que tales reglas pueden imponer sus conclusiones, más allá de que a la luz de ciertos principios jurídicos sus resultados sean injustos, siendo que muchas veces tales resultados solo pueden ser apreciados ingresando en un análisis de los casos concretos. Tal concepción de reglas, es incompatible con el funcionamiento del Derecho en aquellos ordenamientos en los que la incorporación de la moral ha alcanzado un grado superlativo y condiciona la validez de normas y actos (vg. los denominados Estados Constitucionales), pues en tales contextos, la impronta axiológica contenida en diversas disposiciones –en particular,

³² Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 259. La cursiva es agregada.

en aquéllas que reconocen los derechos fundamentales de la persona, muchas de ellas, de inacabada estructura–, impide conocer plenamente con antelación los casos gobernados por su supuesto normativo o las excepciones que pudieran introducir en la aplicabilidad de otras disposiciones del ordenamiento.

En esa medida, en este primer enfoque del planteamiento subyacería una minusvaloración de la participación del juez en la creación del Derecho. Y es que cabría concluir que si un juez exceptuara la aplicación de una disposición jurídica, sin que dicha excepción derivara del expreso mandato de otra disposición, estaría actuando en abierta contravención de las reglas «genuinas» del sistema. En otras palabras, desde esta perspectiva, no parece posible hablar de excepciones implícitas a las reglas derivadas de la interpretación razonable de otras normas jurídicas que un juez realice.

Más adelante se verá cómo la aceptación de que muchas de las excepciones a la aplicabilidad de los enunciados jurídicos son implícitas, se encuentra de la mano del hecho de que solo se hacen patentes una vez que la judicatura las explicita en el análisis de un caso individual, siendo esta una de las formas en las que participan en la creación del Derecho³³.

Un segundo modo de interpretar la afirmación de Redondo consiste en asumir que cuando señala que la aplicabilidad de una norma internamente inderrotable nunca podrá ser desplazada en virtud de una excepción no expresamente prevista, por «aplicabilidad» no deberá entenderse el definitivo gobierno del caso, sino la obligación ineludible del juez de incluirla como una razón contribuyente, más no determinante, al momento de valorar cómo deberá resolverlo. Con esta perspectiva se coincide.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el ordenamiento es limitado en lo que a la existencia de reglas genuinas se refiere, pues no siempre es posible encontrar normas jurídicas que dejen apreciar de forma clara ante qué situaciones o acciones serán invariablemente relevantes para el razonamiento práctico. Afirmar lo contrario (cosa que, por cierto, seguramente Redondo no pretende), supondría concebir al Derecho como una suma de reglas cerradas y acabadas, capaces de gobernar los hechos con una precisión que solo sería predicable en el ámbito de las ciencias naturales.

De otro lado, puede coincidirse con Redondo cuando afirma que la inderrotabilidad de los enunciados jurídicos en tanto expresión de razones para la

³³ De hecho, afirmar que el Derecho es completo, es decir, que carece de lagunas, se convierte en «una afirmación obvia», si y solo si «por “Derecho” entendemos las normas que derivan de una fuente cualquiera, incluida la judicial» (cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, traducción de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 211).

acción, solo podría ser defendida por un positivista ideológico extremo³⁴. A ello, sin embargo, corresponde agregar que cuando de la inderrotabilidad interna de una disposición jurídica pretenden derivarse consecuencias insuperables al momento de analizar su relevancia práctica, se está incurriendo, a su vez, en un positivismo teórico cuyas diversas manifestaciones también han debido enfrentar importantes problemas a lo largo de la historia³⁵. En esa medida, puede sostenerse que, en rigor, es solo el positivismo metodológico el que aún guarda una apreciable valía en su relación con el análisis del Derecho³⁶, y que, por lo demás, según se ha destacado, tiene en sí mismo una justificación ética³⁷, aunque esto último no deja de ser discutible³⁸.

No hay desencuentro entre una aproximación al Derecho positivista metodológica, y su concepción como una disciplina práctica, que, necesariamente, lleva incorporada en su contenido una (difusa, por cierto) moral. El positivismo metodológico es una aproximación al Derecho como objeto de estudio. No busca responder a las interrogantes acerca de qué es el Derecho, cuál debe ser su finalidad

³⁴ Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 253.

³⁵ Sobre las distintas manifestaciones del positivismo teórico, que, como consecuencia de su artificialidad, han ido perdiendo adeptos con el devenir del tiempo, o han merecido una reformulación sustancial, cfr. Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004, pp. 28 – 29 y 38 – 49.

³⁶ Se tiene aquí como referencia la clásica diferenciación de Bobbio entre tres dimensiones del iuspositivismo: la metodológica, la teórica y la ideológica (cfr. Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, ob. cit., p. 143).

³⁷ Cfr. Mac Cormick, N., «A moralistic case for a moralistic law», en: *Valparaíso Law Review*, N.º 20, 1985, pp. 1 – 41; también, Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México D. F., 1997, p. 80; García Figueroa, A., «Constitucionalismo y positivismo», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 18, N.º 54, Septiembre – Diciembre 1998, p. 380; Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2005, pp. 129 – 130. Ciertamente es, sin embargo, que a la luz del cambio de 180 grados que ha evidenciado García Figueroa en su pensamiento y en virtud del cual en modo alguno podría ser calificado ya de positivista (cfr. García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho», en: *Diritto & questioni pubbliche*, N.º 3, 2003, pp. 197 – 227; «El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo», en: A. García Figueroa (editor), *Racionalidad y Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 265 - 289), no es nada seguro que continúe manteniendo la justificación ética de la posición positivista metodológica.

³⁸ La alegada justificación ética de la separación entre Derecho y moral, consiste en considerar que de esa manera, más allá del contenido específico de un concreto Derecho, ante él podrá mantenerse una actitud crítica que se reputa moralmente valiosa. Sin embargo, el argumento ha sido sometido a críticas bastante atendibles, pues se basa en la errónea creencia de que el ciudadano llamará Derecho a cualquier prescripción que goza del respaldo de la fuerza y que, en caso de atender a la posición *iusnaturalista*, inmediatamente lo asociará con la moral, perdiendo la posibilidad de criticarlo desde una moral ajena al Derecho. En otras palabras, el argumento es incoherente, pues presupone que el ciudadano partirá de la premisa de que debe asumir la tesis de las fuentes sociales del Derecho, adoptando una posición positivista, para inmediatamente vincularla con la moral, adoptando una posición *iusnaturalista* (cfr. Soper, P., «Choosing a legal theory on moral grounds», en: *Social Philosophy & Policy*, N.º 4, 1986, pp. 3 – 48; también, cfr. Garzón, E., «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», en: R. Vázquez (compilador), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 138 y ss.). Lo cierto es que tanto adoptando una posición positivista, como una *iusnaturalista*, es posible mantener una actitud crítica frente al Derecho. Tan solo variará el enfoque del planteamiento crítico: «mientras el *iusnaturalista* llega a la conclusión de que no hay que obedecer a las normas inmorales porque no son [D]erecho, el positivista llega a la conclusión de que no hay que obedecerlas, pese a que son [D]erecho, porque son inmorales» (cfr. Farrell, M., «¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?», en: *Doxa*, N.º 21, 1998, p. 124).

o cuáles son sus características ontológicas (positivismo teórico); tampoco pretende responder cuándo debe obedecerse (positivismo ideológico). El positivismo metodológico es la perspectiva de quien estudia el Derecho y utiliza criterios empíricamente constatables para identificarlo. Por ello, desde este enfoque, el Derecho es el resultado de acciones humanas institucionalizadas (tesis de las fuentes sociales). Dichas acciones pueden utilizar un determinado criterio moral para crear normas jurídicas, pero el contenido de dicha moral no agrega ninguna información al estudioso del Derecho en su propósito de identificarlo (tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral). En definitiva, el positivista metodológico no niega que todo sistema jurídico incorpore de una u otra manera alguna moral, pero no considera que ella cumpla algún rol al momento de detectarlo como fenómeno de estudio³⁹.

Ello no quiere decir, por supuesto, que un positivista metodológico se oponga a juzgar moralmente el contenido de un sistema jurídico específico. Simplemente, considera que tal valoración no afecta su condición de tal, aunque puede constituir una buena razón para defender su reforma e incluso el deber de desobedecerlo.

De esta manera, ser un positivista metodológico y predicar la separación necesaria entre Derecho y moral, significa ser capaz de reconocer la existencia de Derecho al margen de cuál sea la moral que ese Derecho refleje, pero no significa ser un defensor de la neutralidad moral del Derecho. Lo primero alude a una prudente y sana aproximación al Derecho como objeto de estudio. Lo segundo implica desnaturalizarlo y despojar al contenido de las normas jurídicas de elementos imprescindibles para poder determinarlo cabalmente. En suma, el positivismo metodológico implica ser capaz de describir el Derecho, sin necesidad de prescribirlo, pero en aquella descripción deberán reconocerse las valoraciones que lo conforman. Buenos entendedores de esta consideración fueron Hart, en el entorno anglosajón, Bobbio, en el italiano, y Peces-Barba, en el español. Pero sobre las relaciones entre Derecho y moral se volverá más adelante, cuando haya que analizar las causas de la derrotabilidad jurídica.

Lo más importante ahora es tener en cuenta que así como el fenómeno de la derrotabilidad jurídica se encuentra ligado con un enfoque práctico del Derecho, está

³⁹ Lleva razón Guastini cuando sostiene que no tiene por qué asumirse que admitir la derrotabilidad de las normas pone en tela de juicio el positivismo jurídico metodológico, puesto que «[u]na cosa es identificar algo –concretamente: un texto normativo– como [D]erecho, [y] una cosa muy distinta es determinar su contenido normativo: qué está ordenado (permitido, prohibido), a quién, en cuáles circunstancias. El positivismo jurídico [metodológico] dice simplemente que la *primera* de estas dos cosas se puede hacer sin valoraciones; no dice nada sobre la segunda. El positivismo metodológico *no* es, y tampoco incluye, una teoría de la interpretación (cfr. Guastini, R., «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», ob. cit., p. 155. Las cursivas son del original).

también relacionado con la posibilidad de derivar, por la vía de la argumentación jurídica, excepciones implícitas a la aplicación de las normas. De ahí que se convenga con Bayón cuando, en un sentido similar al utilizado en este estudio, describe una disposición derrotable como «una norma sujeta a excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuina condición *suficiente* de su aplicación»⁴⁰.

También se ha señalado que la derrotabilidad jurídica puede hacer referencia a que la interpretación que parece indubitable atribuir inicialmente a una disposición, sea desplazada una vez que es confrontada o interpretada sistemáticamente con otras disposiciones atinentes al caso; a que las propiedades que el legislador parece haber entendido como relevantes y suficientes para dar lugar a la aplicación de un enunciado, resulten irrelevantes o insuficientes para el intérprete en el momento en el que, supuestamente, el enunciado debía ser aplicado; a que los enunciados generales no solo pueden dar lugar a una norma individual para la resolución de un caso, sino a diversas normas individuales, es decir, a que los enunciados generales pueden dar lugar a diversos sentidos interpretativos igualmente válidos, aunque no todos aplicables a los mismos supuestos⁴¹.

Como puede apreciarse, aunque todos estos significados, en mayor o menor medida, pueden guardar cierta relación, no se ocupan de idénticas cuestiones. De ahí que resulte necesario precisar el concepto de derrotabilidad jurídica que se asume en este estudio a efectos de circunscribir adecuadamente el objeto de análisis.

Desde la perspectiva de este estudio, con el concepto de derrotabilidad jurídica se alude a la posibilidad de que una norma jurídica, manteniendo su validez abstracta, sea inaplicada a un caso individual literalmente contenido en su caso genérico, por razones morales derivadas vía argumentación de otras normas jurídicas⁴². Es decir, las excepciones a su aplicación se mantienen implícitas en el sistema jurídico mientras no son declaradas por un órgano institucionalizado (por antonomasia, la jurisdicción), pues no derivan de la semántica de las normas, sino de la carga axiológica o moral de determinadas disposiciones jurídicas.

⁴⁰ Cfr. Bayón, J. C., «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», ob. cit., p. 91. La cursiva es del original.

⁴¹ En líneas generales, todas estas caracterizaciones de la derrotabilidad jurídica son destacadas por Rodríguez y Súcar, aunque con términos parcialmente distintos a los que aquí han sido utilizados (Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», ob. cit., pp. 279 – 307, en especial, pp. 285 – 287).

⁴² Así, a diferencia de lo planteado por Hage (cfr. Hage, J., «Law and defeasibility», en: *Artificial intelligence and law*, N.º 11, p. 228), aquí se considera que la derrotabilidad jurídica guarda mayor relación con el contexto de la justificación que con el contexto del descubrimiento.

De esta forma, con la idea de derrotabilidad jurídica se alude a la imposibilidad de que en abstracto puedan anticiparse de modo indubitable los casos a los que es aplicable un enunciado jurídico, a pesar de que el marco dispositivo del ordenamiento (conjunto de los textos jurídicos) ha permanecido inalterado. Y es que las excepciones a las que se ha aludido son solo apreciables en el marco del análisis de un caso específico. Por ello hay una relación intrínseca entre derrotabilidad jurídica y razonamiento práctico.

Así, la derrotabilidad jurídica tiene una necesaria relación con la acción de la moral reconocida jurídicamente, analizada desde el punto de vista de los operadores jurídicos institucionalizados, es decir, de aquéllos con competencias para crear, interpretar y aplicar el Derecho. Dicha moral se caracteriza por poder mantener en constante dinámica el contenido del Derecho, aún en los supuestos en los que el legislador ha mantenido incólume la literalidad de las normas jurídicas. De esta manera, desde la perspectiva de este estudio, la moral que genera la derrotabilidad de una norma jurídica debe ser la moral legalizada o moral jurídico positiva –entendiéndose por ella la moral reconocida por el Derecho, fundamentalmente, en su Constitución–, no la moral positiva o social –es decir, la moral que mayoritariamente comparte una sociedad en un espacio y tiempo determinados–, ni la moral crítica o ideal –a saber, aquella desde cuyo postulado se juzga la racionalidad tanto de la moral legalizada como de la positiva–.

3. Derrotabilidad jurídica: una visión descriptiva y otra prescriptiva.

En este punto van a desarrollarse una serie de ideas a partir de las cuales, en primer lugar, se toma distancia de un enfoque *realista* de la derrotabilidad jurídica. El realismo jurídico sostiene que una norma es derrotable en la medida de que siempre es posible que el operador jurídico la inaplique en función a sus propias valoraciones. Ello es cierto, pero no es ese sentido descriptivo de la derrotabilidad el que se asume en este trabajo. Por otra parte, si un operador jurídico no se guía por sus propias valoraciones, sino por la moral legalizada es posible que esta genere la derrotabilidad de una norma del sistema. Descriptivamente, es posible que ello ocurra en *todo* sistema jurídico. Pero tampoco es ese el enfoque de la derrotabilidad jurídica de este estudio.

En este estudio se analiza el fenómeno de la derrotabilidad jurídica en el marco de los Estados Constitucionales, es decir, aquellos cuyos sistemas jurídicos se encuentran presididos por la dignidad humana y los derechos derivados de ella. El operador jurídico de tales sistemas jurídicos *debe* asumir que dicha moral fundamental

legalizada potencialmente puede generar la derrotabilidad normativa. Ese es el sentido *prescriptivo* de la derrotabilidad que se defiende en este estudio. A continuación se desarrollan con mayor detalle las diferencias entre un sentido descriptivo y otro prescriptivo de la derrotabilidad.

Al delimitarse el concepto de derrotabilidad normativa se ha sido muy claro en precisar que las razones de su desencadenamiento deben provenir del propio sistema jurídico de que se trate. No obstante, desde cierto enfoque, puede considerarse que la derrotabilidad normativa nada tiene que ver con una propiedad intrínseca en el Derecho, pues ella es consecuencia exclusivamente de las valoraciones personales del intérprete, sean las del servidor público, en general, o las del juez, en particular.

Como es evidente, en efecto, es posible que existan operadores del Derecho proclives a inaplicar normas jurídicas en virtud de considerarlas disconformes con el compendio moral que preside su particular cosmovisión. Esta posibilidad se acrecienta, desde luego, si esas normas morales coinciden con el contenido de la moral social o positiva, es decir, como se dijo, la que comparte la mayoría de una población. Ante tal coincidencia, el funcionario probablemente tendrá la sensación de que su decisión, con prescindencia del juicio de validez que merezca, es, cuando menos, legítima.

Cierto es, además, que en la mayoría de ocasiones tal aplicador pretenderá camuflar su moral personal, para, al amparo de una cierta retórica, hacerla parecer como si se tratará de criterios provenientes de la interpretación de la moral jurídico positiva. De hecho, alguien podría sostener que la diferencia entre un operador que crea que tiene la competencia para derrotar una norma jurídica en virtud de razones morales provenientes del Derecho positivo, y aquel que lo hace bajo el auspicio de su propia carga axiológica, objetivamente, no existe.

Así, por ejemplo, Guastini, representante del realismo jurídico italiano, sostiene que «[l]a derrotabilidad y las lagunas axiológicas dependen muy simplemente de las valoraciones de los intérpretes, y a menudo esas valoraciones toman la forma de “teorías” jurídicas, o mejor dicho de tesis dogmáticas: algo construido por los juristas antes e independientemente de la interpretación de uno u otro enunciado normativo específico»⁴³. Por ello, la posición de J. Rodríguez en virtud de la cual la justificación

⁴³ Cfr. Guastini, R., «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», ob. cit., p. 152. Acaso la discrepancia obedezca a que la posición de J. Rodríguez se encuentra expresada en un sentido prescriptivo (él cree que debe ser así, aunque muy probablemente sea consciente que de hecho puede así no darse), y no en un sentido descriptivo que es el plano de análisis desde el cual Guastini lanza la crítica.

de una excepción a una norma general solo puede provenir de otra norma general⁴⁴, le parece a Guastini «muy ingenua», pues, a su juicio, «[d]e hecho no es así»⁴⁵.

Empero, sí existen diferencias esenciales entre el juez que se cree capaz de derrotar normas en base exclusivamente a su particular juicio crítico, y el que considera que la derrotabilidad normativa es un fenómeno que prescinde en esencia del criterio de justicia del aplicador. Para empezar, el segundo, a diferencia del primero, se toma el Derecho en serio. Entiende que una premisa esencial, aunque no suficiente, para la defensa de la libertad, es la institucionalización del gobierno de las normas y no la del gobierno de las personas. Entiende además que todo servidor público que no pretenda cosificar a los ciudadanos imponiéndoles contra su voluntad sus propios puntos de vista, debe ser, sin llegar a ningún extremo, y cuando menos en relación con las normas fundamentales del sistema jurídico, un positivista ideológico, es decir, un defensor de la obligatoriedad de su cumplimiento con prescindencia de si desde su parecer personal le parecen o no injustas.

El juez cuyo rol se reduce a ser absoluto resonador de la literalidad de las normas, mero puente inerte entre la norma y el caso, nunca ha existido ni en los hechos ni en los libros. Ni el doctrinario más formalista, ni el más ideológico defensor de la incapacidad de los jueces de crear Derecho vía interpretación, se ha tomado en serio la posibilidad de que *nunca* los jueces tengan la necesidad de agregar valoraciones al ejercicio de la aplicación del Derecho. Por ello, la posibilidad de que ante tal eventualidad uno decida escapar de las fronteras del Derecho, aunque sea soterradamente, siempre ha existido.

Pero debe enfatizarse que ello no dice mal de ninguna metodología hermenéutica *per se*, con prescindencia de si ella se acerca más a la filosofía del juez «boca muda», o a la de un antiformalismo profundo. Quien en tal circunstancia pone en gran entredicho el sentido ético de su función es el servidor público.

Es posible que un ejemplo ayude a clarificar lo que se sostiene. La Constitución peruana vigente de 1993 fue promovida por el ex Presidente Alberto Fujimori, hoy condenado a 25 años de pena privativa de libertad, entre otros delitos, por ser autor mediato de violaciones a los derechos humanos. Dicha Constitución fue elaborada por una Asamblea Constituyente denominada «Congreso Constituyente Democrático» y posteriormente aprobada por referéndum. Este es el diagnóstico del Tribunal Constitucional sobre el origen de la Constitución de 1993:

⁴⁴ Cfr. Rodríguez, J., «Derrotabilidad e indeterminación del Derecho. Respuesta a Juan Carlos Bayón», en: J. C. Bayón y J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 240.

⁴⁵ Cfr. *Ídem*, nota 24.

«...quien impulsó la creación de la Constitución de 1993, carecía de legitimidad de origen o legitimidad por el procedimiento. (...) [E]l 5 de abril de 1992, el entonces Presidente Constitucional de la República, contando con el apoyo de civiles y militares, perpetró un golpe de Estado e instauró una dictadura, la cual para disfrazar su propósito de mantenerse en el poder por tiempo indefinido y revestir de legalidad al ejercicio del poder, convocó a un Congreso Constituyente Democrático, al que atribuyó competencia para dictar la Constitución Política del Perú de 1993. (...).

En ese contexto, si se considera la intervención coercitiva de la cúpula militar, cogobernante, la falta de personeros en las mesas de votación, la adulteración de las actas electorales y la manipulación del sistema informático, hechos que fueron denunciados por los partidos de oposición y los medios de comunicación social, resulta bastante dudoso el resultado del referéndum del 31 de octubre de 1993 y, por lo tanto, cuestionable el origen de la Constitución de 1993»⁴⁶.

De esta manera, puede advertirse que el Tribunal Constitucional considera que el origen de la Constitución de 1993 es írrito.

Caído el régimen de Fujimori a fines del año 2000 como consecuencia en esencia, pero no solamente, de una multiplicidad de muy graves actos de corrupción, el denominado movimiento político «fujimorista» se encontraba en desgracia y la mayoría de la población apoyaba las decisiones orientadas a procesar a muchos de sus allegados y a revertir diversas medidas adoptadas por el régimen. El asunto llegó al punto que en el año 2003 se interpuso ante el Tribunal Constitucional una demanda de inconstitucionalidad contra la propia Constitución de 1993. Entre diversos planteamientos, la demanda traía a colación el texto del artículo 307° de la Constitución previa de 1979, el cual señalaba lo siguiente:

«Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior.

Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado».

⁴⁶ Cfr. STC 0014-2003-PI, FF. JJ. 6 y 7. Análoga posición se había sostenido antes en la STC 0014-2002-PI, F. J. 53. En adelante, si no se precisa de qué Tribunal Constitucional se trata o a qué Tribunal Constitucional corresponde una sentencia bajo las siglas STC, deberá asumirse que se trata del Tribunal Constitucional del Perú.

Desde luego, sin perjuicio de lo señalado por el referido artículo, habían importantes razones para declarar improcedente la demanda. Entre las más resaltantes pueden señalarse las siguientes: la Constitución tenía para entonces 10 años de vigencia y todos los poderes públicos, sin excepción, habían fundado sus decisiones, cuando menos en apariencia, reconociendo a la Constitución de 1993 como la Norma Fundamental del sistema jurídico; el Tribunal Constitucional carecía de un parámetro de control reconocido jurídica y socialmente para enjuiciar la validez de la Constitución de 1993; el Tribunal Constitucional, por lo demás, era un órgano constituido por la Constitución de 1993, motivo por el cual, por paradójico que resulte, una sentencia expedida por el Colegiado que declarase la invalidez de la Constitución de 1993 era a su vez una sentencia que implícitamente reconocía su propia invalidez. En definitiva, si nos atenemos a la regla de reconocimiento hartiana como elemento jurídico de medida de validez de una Constitución, puede afirmarse que para 2003 la Constitución de 1979 había perdido validez y que la Constitución válida era la de 1993.

Ahora bien, vistas en retrospectiva las cosas, puede afirmarse que si los magistrados del Tribunal Constitucional de entonces, bajo alguna creativa tesis, hubiesen declarado la invalidez de la Constitución de 1993, restituido la vigencia de la Constitución de 1979 y, por ejemplo, ordenado al Congreso que adaptase su contenido a las nuevas instituciones creadas por la Constitución de 1993, o que estas se adapten legalmente al contenido de la Constitución de 1979, probablemente la mayoría de la población se hubiese mostrado de acuerdo y los magistrados del Tribunal Constitucional hubiesen sido reconocidos como paladines de la democracia. Es probable además que si nos atenemos al diagnóstico que el propio Tribunal Constitucional hizo acerca del espurio origen de la Constitución de 1993, los magistrados en su fuero personal hayan estado tentados de hacerlo. Sin embargo, no sucumbieron ante dicha tentación. Quizá el argumento que mejor resuma la suma de razones por las que no lo hicieron es el siguiente:

«...si este Tribunal Constitucional obrase como lo solicitan los recurrentes, el parámetro con el cual tendría que juzgarse a la Constitución de 1993 no podría ser otro que los propios criterios subjetivos de quienes integramos este Colegiado.

Al no encontrarse preestablecidos dichos criterios, es decir, al no mostrarse objetivados, sino depender de lo que, a nuestro juicio, pueda ser lo bueno o lo malo para el país, la imposición de una decisión al respecto nos devolvería en un solo acto a un pasado oprobioso, propio del Estado absolutista, en el que la justicia se “administraba” no sobre la base de una ley, sino conforme a los

caprichos del monarca. Sólo que en esta oportunidad el monarca no sería un individuo [el rey], sino 7 personas, las que precisamente formamos parte de este Tribunal»⁴⁷.

En definitiva, los magistrados, teniendo quizá un escenario propicio para hacerlo, no actuaron al amparo de su moral personal, en este caso, además, coincidente con la moral social, sino que se sometieron a la moral jurídico positiva. El descrito es un caso que muestra a jueces que se toman el Derecho en serio y que no lo *derrotan* bajo el umbral de sus propias valoraciones. Se trata de jueces que comprenden bien la deontología de la función judicial y la del servidor público en general. Se trata del perfil de juez necesario en una democracia constitucional. Aquel que, sin perjuicio de que en determinadas momentos la línea de separación entre el sometimiento al Derecho y el criterio personal de justicia, pueda ingresar en una zona de penumbra, mantiene cuando menos como *ideal regulativo* su deber funcional de respetar el pacto jurídico, en aras de no objetivar a los gobernados bajo el contenido de sus propias creencias y valoraciones.

Podría decirse, sin embargo, que un factor medular por el que en el caso comentado los jueces mantuvieron incólume la Constitución de 1993 obedece a que, más allá de tener reparos éticos relacionados con su origen y la voluntad de quien fue su principal promotor, su contenido en alta medida era coincidente con sus principales enfoques acerca de la justicia. Es decir, podría decirse que la razón estriba en que, a su juicio, el mantenimiento de la Constitución de 1993 era en alguna medida disconforme con sus valores, pero no se trataba de una disconformidad extrema⁴⁸. Y, en consecuencia, la pregunta que surge es... y si así hubiese sido ¿también hubiesen obrado de forma deontológicamente correcta al no ceder ante un sentido de justicia ajeno al Derecho positivo?

Debe recordarse que ningún servidor público, menos aún un juez, accede al cargo en desconocimiento de las normas jurídicas que debe cumplir. Siendo ello así, como resulta lógico, si considera profundamente injusta la moral fundamental jurídico positiva lo que corresponde es que no postule al cargo o no acepte el nombramiento.

⁴⁷ Cfr. STC 0014-2003-PI, F. J. 22.

⁴⁸ Por lo demás, el razonamiento del Tribunal Constitucional es coherente con el siguiente parecer planteado de manera brillante hace varios años por Carré de Malberg: «A medida que la Constitución va pasando por la prueba del tiempo, van consolidándola los mismos acontecimientos que han permitido apreciar su vitalidad, tanto que, en definitiva, se la puede considerar menos como una creación voluntaria de sus fundadores que como la resultante y el producto de todas aquellas causas o fuerzas sociales y nacionales que contribuyeron a asegurar su duración» (cfr. Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, Facultad de derecho, UNAM / Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001, p. 1198, nota 17). Lo sostenido por el autor francés es una buena razón para caer en cuenta que las vedadas intenciones de sus promotores no son argumento suficiente para desconocer la validez de la Constitución de 1993. A ello se suma que al pretender reemplazarla a través de procedimientos no regulados por ella, se está actuando, esta vez bajo fines nobles, utilizando los mismos medios que utilizó Fujimori para desconocer la Constitución de 1979, brindándole, sin necesidad, una razón para pretender legitimar el proceso *de facto* que lideró en 1992.

Empero, siempre es posible que dicho escenario sobrevenga al acceso al cargo, como consecuencia de una reforma (jurídicamente válida se sobreentiende) más o menos relevante de las normas básicas del sistema. Ante tal circunstancia, ¿se justifica que el juez inaplique una o más normas en base a su criterio de justicia? La respuesta sigue siendo negativa. En tal contexto lo que corresponde, en todo caso, es renunciar al cargo en razón de la imposibilidad deontológica de continuar aplicando un Derecho que es esencialmente ajeno a su visión valorativa.

De manera que es bueno enfatizar que nada de lo sostenido se asimila a la defensa de que un funcionario debe siempre aplicar el Derecho incluso en aquellas circunstancias en las que considere a sus normas básicas profundamente injustas. Lo que se sostiene, simplemente, es que ante tal dilema, cuando menos en el ámbito de las democracias, la salida éticamente correcta no es el reemplazo, vía decisión jurisdiccional por ejemplo, de la normativa vigente, por el sentido de justicia del juez, puesto que si así sucediere lo que en concreto estaría teniendo lugar sería la aplicación, cuando menos a las partes en conflicto, de un criterio moral carente de respaldo en el pacto social. Es decir, se trataría de un acto intrínsecamente contrario a la voluntad popular. La actitud intelectualmente honesta en tales circunstancias es la renuncia al cargo.

Debe reconocerse que en esta posición subyace una inclinación positivista. Tal como ha sostenido G. Vedel, «[e] juez que se ve en la tesitura de aplicar la ley inicua dimite si es positivista puro y duro; permanece en su plaza y la declara nula, si es iusnaturalista»⁴⁹. Seguramente, cada una de estas opciones por separado dependiendo de los contextos puede tener reproches éticos. Sin embargo, puede tenerse la certeza que, bajo los presupuestos del liberalismo, un juez del primer perfil representa un menor riesgo para la dignidad humana que el que responde al segundo. Quede claro, eso sí —conviene insistir en ello— que esta inclinación positivista no puede identificarse con ningún positivismo ideológico extremo; desde los postulados de este positivismo, desde luego, la renuncia al cargo no tendría lugar.

Así las cosas, si bien es cierto que, tal como afirma Guastini, la derrotabilidad normativa *de hecho* siempre puede darse, *de iure* la derrotabilidad es una propiedad cuando menos disposicional de las normas jurídicas cuando el sistema jurídico se encuentra presidido por normas con una alta carga moral. Tal derrotabilidad, por consiguiente, tiene espacio incluso en un ámbito de jueces que se sientan y actúen sometidos al sistema jurídico.

⁴⁹ Cfr. Vedel, G., «Indéfinissable mais présent», en: *Droits* N.º 11, 1990, p. 70.

Ahora bien, J. Ruíz Manero ha recordado que «no cabe un sistema normativo con anclaje social compuesto únicamente por normas que confieren poderes normativos: pues tales poderes normativos solo tienen funcionalmente sentido en cuanto orientados, en último término, a la producción o aplicación de normas regulativas»⁵⁰. Así, lo que concretamente señala el autor es que los sistemas jurídicos requieren tanto normas constitutivas como normas regulativas.

Como se sabe, y planteado de forma muy general, una norma regulativa es aquella que correlaciona deónticamente un antecedente con un consecuente. Mientras que las normas constitutivas, dicho también en términos muy generales, son aquellas que establecen las condiciones para que tengan lugar resultados institucionales o cambios normativos⁵¹.

Si bien ello no implica afirmar que pueden existir sistemas jurídicos conformados solamente por normas regulativas, sí conlleva sostener que no pueden existir sin ellas. A ello se agrega que, como bien refiere Ruíz Manero, las normas constitutivas tienen como razón de ser la creación o aplicación de normas regulativas. Y, a su vez, que en toda norma regulativa subyace la consecución de un fin que le da sentido. Dicho fin se reconduce directa o indirectamente a la protección de una moral jurídico positiva última en el sistema. Por consiguiente, todo sistema jurídico tiene como parámetro último de validez la defensa de una cierta moral jurídicamente reconocida.

Antes se ha dicho que la derrotabilidad *de facto* puede darse en cualquier sistema jurídico en razón de que el operador jurídico puede (aunque no debe) imponer sus propias valoraciones. También se ha dicho que la derrotabilidad de una norma jurídica es consecuencia del surgimiento de una excepción implícita a su contenido deóntico derivada de la moral fundamental incorporada al Derecho. Pues bien, si a ello se agrega que, como se ha sostenido, todos los sistemas jurídicos internamente responden a una cierta moral como punto final de validez, resulta que la derrotabilidad normativa es una propiedad intrínseca a todo sistema jurídico, con prescindencia del juicio moral crítico que despierte externamente.

Así, manteniendo un análisis descriptivo, pero esta vez no de sucesos *de facto* sino *de iure*, lo cierto es que la derrotabilidad es una propiedad de las normas *en cualquier sistema jurídico*.

⁵⁰ Cfr. Ruíz Manero, J., «Una tipología de las normas constitucionales», en: L. Ferrajoli y J. Ruíz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, Palestra, Lima, 2014, p. 28.

⁵¹ Un desarrollo muy detenido sobre los distintos tipos de normas regulativas y normas constitutivas, se puede encontrar en Atienza, M., y Ruíz Manero, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, Capítulos I y II, respectivamente.

Para sustentar lo dicho tomemos como ejemplo el Derecho nazi y el rol que cumplieron los jueces durante su fase de vigencia. Conocido es que el 23 de marzo de 1933, el Parlamento alemán aprobó la denominada Ley Habilitante que le concedía competencia al Gobierno del *Reich* para dictar leyes que podían «diferir de la Constitución en tanto no contradigan las instituciones del *Reichstag* y del *Reichsrat*» (artículo 2°).

Esta ley fue aprobada sin apartarse del procedimiento de reforma de la Constitución de Weimar de 1919, previsto en su artículo 76°. En sus considerandos se señalaba expresamente lo siguiente: «El *Reichstag* ha puesto en vigor la siguiente ley, la cual es proclamada con el consentimiento del *Reichsrat*, habiendo sido establecido que los requisitos para una enmienda constitucional han sido cumplidos...». De manera que se trataba propiamente de una ley de reforma de la Constitución. La Constitución de Weimar en tanto fuente jurídica nunca fue expresamente abrogada durante el período del nazismo.

Desde luego, podría sostenerse que una reforma de ese carácter carece de validez jurídica, puesto que una Constitución rígida no puede convertirse en flexible a través de una reforma (explícita o implícita) de la cláusula de reforma. Se dirá que una Constitución que permite ello es si se quiere *lógicamente* suprema, pero no *normativamente* suprema⁵². Pero también es cierto que tal razonamiento no necesariamente era el dominante en la época. Recuérdese, por ejemplo, lo sostenido por H. Kelsen en el año 1928:

«...se distingue frecuentemente la inconstitucionalidad formal de la inconstitucionalidad material de las leyes. Sin embargo, esta distinción no es admisible sino con la reserva de que dicha inconstitucionalidad material no es, en última instancia, más que una inconstitucionalidad formal en el sentido de que una ley cuyo contenido estuviera en contradicción con las prescripciones de la Constitución, dejaría de ser inconstitucional si fuera votada como ley constitucional»⁵³.

Así, a juicio de Kelsen las disposiciones contrarias a la normativa constitucional no son inconstitucionales si son dictadas por el órgano constitucionalmente competente y el procedimiento constitucionalmente establecido para su reforma. Cumplido ello, en la confrontación de contenidos normativos ya no juega ningún rol el principio de jerarquía normativa, por lo que no podría hablarse de invalidez, sino, en todo caso, de sucesión de normas en el tiempo.

⁵² Sobre las diferencias entre supremacía lógica y supremacía normativa de una Constitución, cfr. Bayón, J. C., «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf, revisada el 19-10-15, p. 75 y ss.

⁵³ Cfr. Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)» (traducción de R. Tamayo y Salmorán, revisada y corregida por D. García Belaúnde), en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 10, julio – diciembre, 2008, p. 12

Desde esta perspectiva, la Ley Habilitante de 1933 fue formalmente constitucional y, por derivación, también fueron formalmente constitucionales las leyes que a partir de entonces se dictaron a su amparo⁵⁴. Como se comprenderá, a partir de entonces, formalmente, la convivencia de normas cuya distinción de rango resultaba difusa y cuyo contenido material resultaba, en algunos casos en abstracto y en otros en concreto, antinómico, era cuestión no extraordinaria.

Qué duda cabe, la Constitución de Weimar no solo era una norma coincidente con los postulados liberales sustentados en la protección de la dignidad humana, sino que había dado pasos fundamentales y pioneros en la protección de los derechos sociales que encuentran en ella el mismo fundamento. Y la legislación había ingresado hasta antes del Tercer *Reich* en un progresivo aunque no sostenido desarrollo de tales disposiciones constitucionales. Empero, como se conoce, los fundamentos materiales del nazismo se encontraban muy alejados de esta visión.

De esta manera, «en vista de que el poder nazi, a pesar de su agitada actividad legislativa, no podía[] modificar todas las leyes de un día para otro, su problema era comprometer al poder judicial en una nueva actitud flexible, según se tratara de una ley específica que venía de la vieja república o de una nueva de la del *Führer*»⁵⁵.

Por supuesto que dicho compromiso jurisdiccional con esta «actitud flexible», puede ser interpretado de más de una manera. Una primera forma es entenderlo como el compromiso con un *iusnaturalismo* que debe imponerse a costa del respeto del Derecho positivo, utilizando como medio lo que J. A. García Amado recuerda que pudo denominarse «interpretación sin límite» o «uso incontrolado de los recursos de la argumentación jurídica»⁵⁶. Una segunda manera es entenderlo como el compromiso con ciertos principios fundamentales que en razón de su progresiva incorporación al Derecho positivo, y solo una vez que ello haya ocurrido, debían ser utilizados como criterio de inaplicabilidad de las normas que a la luz de cada caso se evidencien como contrarias al contenido de aquellos.

Quienes aboguen por la tesis de que el Derecho nazi fue eminentemente *iusnaturalista*, afirmarán que se trataba del primer compromiso. Quienes aboguen

⁵⁴ No se pasa por alto que la votación estuvo caracterizada por una serie de acontecimientos que permiten dudar seriamente incluso de su validez formal. Por ejemplo, muchos candidatos al Parlamento por el Partido Comunista no pudieron participar en la elección que había tenido lugar días antes por encontrarse arbitrariamente detenidos en campos de concentración. Por otro lado, miembros de la SA (*Sturmabteilung*) ingresaron al recinto parlamentario para obligar a los indecisos a votar a favor de la ley. Pero ello no afecta la esencia de la cuestión que es la siguiente: ateniéndose solo a criterios de validez formal, si el órgano competente alcanza la mayoría prevista por la Constitución para su reforma, esta reforma es válida, con prescindencia de su contenido. Si el partido nazi hubiese contado con la mayoría necesaria para realizar por sí mismo la reforma, bajo un enfoque estrictamente kelseniano de validez, ella hubiera sido válida con prescindencia de su contenido o su finalidad.

⁵⁵ Cfr. Müller, I., *Los juristas del horror*, traducción de C. Figueredo, Álvaro Nora, Bogotá, 2009, p. 107.

⁵⁶ Cfr. García Amado, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º VIII, 1991, pp. 354 – 355.

porque se trató de una visión jurídica positivista, abogarán por lo segundo. Lo cierto quizá es que haya existido un poco de las dos cosas.

Pero, en todo caso, parece ser que lo negativo en esencia, no es haberse afincado a una teoría del Derecho *iusnatural* o a una positivista, sino el contenido de dicho Derecho, con prescindencia de a cuál corriente de pensamiento haya pertenecido. Es decir, quienes reprochan al Derecho nazi su *iusnaturalismo*, seguramente reducirían el tono de la crítica si entendieran justo el contenido de dicho Derecho natural. Y quienes cuestionan su positivismo, atenuarían la crítica si se identificaran moralmente con dicho contenido positivo. Por ello sea quizá que si algún cierto consenso existe contemporáneamente entre positivistas y *iusnaturalistas* es el reclamo dirigido a los jueces por haber aplicado el Derecho nazi. La diferencia consiste en el sustento del reclamo: los *iusnaturalistas* afirman que no debieron aplicarlo porque no era Derecho, y los positivistas afirman que no debieron aplicarlo a pesar de que lo fue.

Cierto es que algunas posiciones positivistas han buscado negar al Derecho nazi su condición propiamente de sistema jurídico apelando a consideraciones de moral procedimental y no de moral sustantiva. Así, García Amado, siguiendo a L. Fuller, afirma que la aplicación retroactiva de las normas, el secretismo normativo, la ausencia de garantías mínimas para los procesados como pueden ser el contubernio entre fiscal y abogado defensor o la no independencia judicial, impiden considerar al Derecho nazi como propiamente Derecho⁵⁷. En efecto, estas características procedimentalmente injustas podrían situar al objeto de análisis al margen de toda fenomenología jurídica.

Sin embargo, llama la atención que el autor español incorpore dentro de estos criterios de justicia procedimental al singular atentado que, en efecto, tuvo lugar en tiempos del nazismo al principio de igualdad ante la ley. Así, sobre el particular, refiere que durante la Alemania nazi

«[e]se valor constitutivo de la mínima idea de justicia a todo [D]erecho (...) [fue] sustituido por una práctica jurídica que hace primar sobre el tenor legal la ubicación racial y social de los individuos. No sólo se generó un “derecho especial”, basado en la desigualdad racial, sino que se aplicaron normas generales no discriminatorias, como las contenidas en BGB, entendiendo que la reserva de discriminación racial era inmanente a la esencia misma de todo derecho vigente, de modo que se imponía dicho trato diverso por vía interpretativa, incluso contra la letra misma de la ley. (...). Todo ello está en íntima conexión con los ataques a la idea de generalidad de la ley»⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. García Amado, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», ob. cit., pp. 355 – 356.

⁵⁸ Cfr. García Amado, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», ob. cit., p. 354 (se han omitido las notas a pie de página del texto). A juicio del autor, el rasgo citado del Derecho nazi forma parte de un cúmulo de características que «parecen incompatibles con la existencia real, efectiva, y funcional de un

Algunos comentarios críticos despierta la cita. En primer lugar, si bien puede coincidir con la idea de que el principio de igualdad ante la ley, en su asociación conceptual con el principio de generalidad de las leyes, tiene una connotación procedimental y, en esa medida, puede ser asociado con la idea misma de justicia en todo Derecho, no puede olvidarse que la otra cara de la moneda de dicho principio se encuentra referida a la idea de que tal trato en igualdad es para los iguales, pero no para los que no lo son⁵⁹. Y una vez que se plantean así las cosas, el asunto ya remite a postulados de carácter sustantivo y no procedimental, puesto que de lo se trata a continuación es de justificar a quiénes se va a considerar iguales y a quiénes no.

Afirmar que debo tratar por igual a dos personas, con prescindencia de su raza, es un postulado que por supuesto se comparte, pero que ya no es de carácter procedimental, sino material. Por ello no puede ser incorporado dentro de las razones que, en palabras de García Amado, por hacer absurdo un Derecho «no parecen tan dependientes del cambio de los tiempos o de las opiniones»⁶⁰. Si algo parece haber dependido del tiempo o de las opiniones es justamente la pregunta de a quiénes debo o no tratar por igual. Así lo demuestra la histórica discriminación a los afrodescendientes, a los indígenas, a los judíos, a las mujeres, y de manera mucho más vigente, a las personas con orientación sexual distinta a la heterosexual o con identidad de género no conforme con ciertas convenciones sociales.

Así, lo que parece sostenerse en la cita es que un Derecho, que a la luz de una moral crítica, sistemáticamente discrimina, no es Derecho. Seguramente, ningún positivista aceptaría esta tesis⁶¹, y seguramente no es ello lo que tenía en mente Fuller cuando postulaba que un Derecho para ser tal debe contener normas generales, ni cuando dirigió su crítica al Derecho nazi.

Como ha recordado el propio García Amado, para Fuller «el [D]erecho nazi no perdió su condición de [D]erecho (...) por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra “las condiciones indispensables

auténtico ordenamiento jurídico que sea algo más que ropaje de la fuerza desnuda y arbitraria, la misma que imperaría de idéntica forma sin [D]erecho» (cfr. *Ibidem*).

⁵⁹ «El principio de igualdad en el Estado constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado respecto de la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distinto a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole» (cfr. SSTC 0004-2006-PI, F. J. 120 y 0033-2010-PI, F. J. 12). Las sentencias del Tribunal Constitucional peruano y de otros muchos en el mundo que, con análogas palabras, aluden al mismo criterio son realmente muy numerosas.

⁶⁰ Cfr. García Amado, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», ob. cit., p. 358.

⁶¹ Diversos sistemas jurídicos actuales discriminan sistemática e injustamente a los homosexuales y a las lesbianas, pero ¿ese es un factor internamente relevante para dejar de denominarlos sistemas jurídicos?

para la existencia de [D]erecho. Un [D]erecho que en su estructura misma (por secreto, por retroactivo, etc.) destruye las condiciones de su propia efectividad y función social de dirección de conductas, seguridad y ordenación de interrelaciones, es un [D]erecho que deja de ser tal»⁶².

Por ello, a pesar de su manifiesta injusticia, es bastante discutible incluir a la discriminación racial entre los elementos que por su presencia negarían intrínsecamente la condición de sistema jurídico al Derecho del nacionalsocialismo alemán.

En segundo término, en la cita hay una crítica a los jueces nazis por abandonar en ciertos casos la aplicación de la letra misma de la ley en aras de resguardar la preeminencia de principios (en este caso, la preeminencia del principio de la superioridad de una raza sobre otra). Hay varios modos de interpretar esta crítica. Una primera es entender que en ella subyace un positivismo formalista que reprocha *per se* el dejar de aplicar una norma a un caso individual que se subsume claramente en la literalidad del caso genérico regulado en la norma. Desde luego, si en ello consiste la observación, no puede compartirse, pues bajo el mismo argumento habría que reprocharle a un juez de estos tiempos el inaplicar una norma por considerar, por ejemplo, que aplicarla generaría consecuencias contrarias al principio de dignidad humana o al principio de igualdad.

Otra forma de entenderla es que lo que se considera inadecuado es haber inaplicado la letra de una ley utilizando como parámetro un principio que no pertenecía al sistema jurídico. Si, en efecto, tal principio carece de positividad jurídica, ya se ha señalado que el juez no debe inaplicar la norma. En este sentido, la crítica puede compartirse.

También es posible asumir que lo que se considera indebido es abandonar la literalidad de una norma por consideraciones principiales que, más allá de la discusión acerca de su positividad o no, tienen tal nivel de abstracción o de indeterminación que no deben considerarse como mérito suficiente para inaplicar una regla jurídica. En la Alemania nazi, en efecto, este fenómeno tuvo lugar con relativa continuidad. Un ejemplo de ello es lo sucedido con la reforma en el año 1935 del artículo 2º del Código Penal, cuyo nuevo tenor pasó a señalar lo siguiente: «Será castigado quien cometa una acción que la ley declare punible o que merezca castigo de acuerdo con el principio fundamental de una ley penal o de la sana opinión popular».

⁶² Cfr. Fuller, L., *La moral en el Derecho*, traducción de F. Navarro, Trillas, México D. F., 1967, p. 52.

Dejando por ahora de lado la pena justificada en «el principio fundamental de una ley penal» –que no es otra cosa que el llamado a la aplicación de la ley penal por analogía, en este caso, *in malam partem*–, con la entrada en vigencia del referido precepto una persona podía ser sancionada si su conducta merecía castigo de acuerdo «a la sana opinión popular». Bajo esta perspectiva, si de acuerdo a la sana opinión popular el principio P era fundamental, la conducta que lo afecte podía ser sancionada aún si una regla expresa R la permitía. Lo cierto es que el contenido de P *ex ante* a su declaración judicial tiene tal nivel de indeterminación que no puede sostenerse seriamente que regule indeterminadamente la conducta humana, sino que no la regula en ningún sentido, motivo por el cual, antes de su declaración, es ajeno a toda fenomenología jurídica.

Por supuesto que *ex post* a su declaración no solo es posible que P regule una conducta, sino que además es posible que la regule con muy alto grado de especificidad. No obstante, si tal declaración es un acto institucional que al unísono representa su aplicación, tal aplicación evidentemente tendrá efecto retroactivo. Este modo de razonar retroactivo estuvo muy presente durante la Alemania nazi, y es, en efecto, una de las razones por las que puede ponerse en sería duda su condición misma de sistema jurídico⁶³.

Pues bien, ¿puede razonablemente sostenerse que en el espacio y tiempo del nazismo alemán el principio de supremacía de la raza aria era un principio sin positividad jurídica o que era un principio con tal nivel de indeterminación que en modo alguno podría considerarse que regulase la conducta humana en algún sentido? Ninguna de las dos cuestiones parece poder sostenerse.

Por un lado, el principio de supremacía de la raza aria, es decir, el principio que autoriza discriminar a las otras razas, aunque patentemente injusto, no puede afirmarse que carezca de capacidad regulativa merced a alguna profunda indeterminación. Por el contrario, parece tener un alto grado de autonomía semántica.

Por otro lado, durante el nazismo se dictaron una multiplicidad de leyes cuyo tenor era expresamente discriminador de los judíos y de otras razas minoritarias. Tal es el caso, por ejemplo, de las denominadas Leyes de Nürenberg, adoptadas el 15 de

⁶³ Ahora bien, es momento pertinente para recordar lo que dispone el artículo 15° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, luego de estipular el contenido protegido del principio de legalidad penal: «Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional». Las similitudes con la reforma del artículo 2° del Código Penal alemán son notorias, aunque aquí el lugar de «la sana opinión popular» es ocupado por la «la comunidad internacional», y si bien cuando menos el precepto se cuida de precisar que el principio que hace delictiva la conducta debe estar vigente «en el momento de cometerse», siguiendo a Fuller, su profunda indeterminación hace difícil incluir el precepto dentro de los estándares mínimos de justicia interna de todo Derecho, siendo además muy sospechoso frente a las exigencias de la dignidad humana, *máxime* si sus pretensiones son penalizadoras.

septiembre de 1935, las cuales, entre otras cosas, prohibían toda unión entre alemanes y judíos, ya sea por matrimonio, cohabitación o relación sexual, prohibían a los judíos ejercer sus profesiones dentro del territorio alemán, desarrollar el comercio u oficios menores, y establecían que solo los alemanes eran ciudadanos, reduciendo a los judíos a la condición de solo «nacionales», impidiéndoles, entre otros derechos, el del voto. En todas estas normas, y varias otras, el principio subyacente era el de la supremacía de la raza aria, motivo por el cual hay razón suficiente para considerarlo un principio jurídico positivo.

Acaso sea pertinente recordar que no existe ninguna relación conceptual necesaria entre, de un lado, un principio implícito (entiéndase, no escrito) y un principio no jurídico, y de otro, entre un principio implícito y un principio con tal grado de indeterminación que no sea capaz de regular la conducta. Si un sistema jurídico tiene establecida la regla de que las mujeres y los hombres tienen el derecho de acceso a una pensión de sobrevivencia en las mismas condiciones, y que establece lo mismo para la institución de la herencia, del matrimonio, de la unión de hecho, el acceso a los cargos públicos, el ejercicio del derecho al voto, etc., hay buenas razones para sostener que forma parte de él (es decir, que forma parte del Derecho positivo) el principio en virtud del cual no cabe la discriminación por razón de sexo, aun cuando no se encuentre reconocido expresamente, y sin que pueda afirmarse seriamente que dicho principio no regula la conducta humana en ningún sentido⁶⁴.

Así las cosas, si bien tal como afirma García Amado durante el nacionalsocialismo alemán el tenor literal de muchas normas fue inaplicable para preservar un principio discriminatorio como fue el de la supremacía de la raza aria, no puede considerarse que en estos casos el razonamiento se haya desenvuelto fuera de las exigencias del Derecho positivo de entonces⁶⁵. Se trata de supuestos en los que

⁶⁴ No pretende sostenerse que la interpretación teleológica sea la única vía para arribar a principios implícitos, pero ciertamente es una de ellas. Otro ejemplo, en este caso no hipotético, es la no previsión expresa del principio de seguridad jurídica en el sistema jurídico peruano, pero que el Tribunal Constitucional entiende como un principio constitucional implícito, en particular por ser razón subyacente a la existencia de determinadas disposiciones constitucionales: «...la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”)» (cfr. STC 0016-2002-PI, F. J. 4).

⁶⁵ Tal como refiere Prieto, desde la óptica de un juez comprometido con su sistema jurídico, durante el nazismo «las leyes racistas no sólo eran jurídicamente válidas, sino además conformes con el tipo de moral que se desprendía de la filosofía política, de la llamada Constitución material, vigente en la

reglas resultaban derrotadas en base a excepciones implícitas derivadas de un principio jurídico, en este caso, claramente injusto.

Se insiste en que con esto no se niega que en la misma etapa, sobre todo en el ámbito del Derecho penal, es posible que muchas reglas hayan resultado derrotadas por razones que se encontraban fuera de las fronteras del Derecho positivo⁶⁶. Se afirma tan solo que ese no parece haber sido el caso cuando la razón se encontraba sustentada en la supremacía de la raza aria. Por muy lamentable que ello resulta para los imperativos de la dignidad humana, dicho principio formaba parte de ese Derecho.

Y, desde luego, desde una perspectiva positivista, no sirve como argumento frente a esta conclusión el hecho de que en el artículo 109° de la Constitución de Weimar se haya encontrado establecido que «[t]odos los alemanes son iguales ante la ley». No solo por hecho de que, como ya ha quedado dicho, quiénes eran o no alemanes había pasado a ser un asunto jurídicamente debatible, sino por las consecuencias de orden constitucional, ya referidas, que había generado la aprobación de la aludida Ley Habilitante de 1933.

Lo narrado puede entenderse como una demostración de que la moral jurídico positiva última de cualquier sistema jurídico, con prescindencia de la valoración que merezca dicha moral desde la moral social o crítica, puede desencadenar la derrotabilidad normativa. Y al ser la moral jurídico positiva de la que deriva, vía argumentación, la excepción implícita a la aplicación de la norma derrotada, no puede afirmarse que el operador jurídico se ha apartado del Derecho positivo al momento de resolver el caso, aunque ciertamente puede reprochársele, desde una moral ajena al Derecho, no haberlo hecho.

En definitiva, puede sostenerse que desde un punto de vista *descriptivo* la derrotabilidad jurídica puede tener lugar tanto *de facto* (apartándose del Derecho) como *de iure* (resolviendo conforme a él) en el plano de *cualquier sistema jurídico*.

Cierto es que hay autores que consideran que manteniéndose dentro de las fronteras de los concretos sistemas jurídicos la derrotabilidad jurídica no es una cuestión necesaria, sino contingente, puesto que es posible que un sistema jurídico contenga una regla fundamental que prohíba por ejemplo a sus jueces inaplicar sus reglas en virtud de excepciones implícitas derivadas de razones morales, aun si se considera que tales razones provienen de otras normas del propio sistema jurídico⁶⁷.

Alemania de los años treinta» (cfr. Prieto, L., «Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico», en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 10, 2007, p. 74.

⁶⁶ Un repaso de cómo ello fue además promovido por la doctrina constitucional y penal de la época puede verse en Müller, I., *Los juristas del horror*, ob. cit., p. 101 y ss.

⁶⁷ Cfr. Bayón, J. C., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», en: *Doxa*, N.º 24, 2001, p. 42. También, Waluchow, W., «Defeasibility and legal positivism», en: J. Ferrer y G. Ratti (editores), *Logic of legal requirements: essays on defeasibility*, Oxford University Press, Londres, 2012, pp. 254 – 267.

Hay que aceptar que ese sistema jurídico en teoría podría existir; incluso no puede descartarse que quizá haya sido el sistema jurídico que algunos pensadores han asumido como ideal. Sin embargo, el problema es que hay buenas razones para dudar de que en la realidad alguna vez haya existido sistema semejante y ciertamente es algo ocioso debatir jurídicamente sobre un fenómeno que ha sido históricamente ajeno a la realidad de cualquier sistema jurídico.

Ahora bien, analizar la derrotabilidad jurídica con un enfoque *prescriptivo*, significa, desde una visión *iusnaturalista*, postular que los operadores jurídicos *deben* derrotar normas si consideran que, a pesar de su validez jurídico positiva abstracta, su aplicación generará una consecuencia incompatible con los mandatos de una moral que es jurídica por su contenido y no por su *pedigree*. Desde una visión positivista, significa sostener que los operadores jurídicos *deben* derrotar normas si consideran que, a pesar de su validez abstracta, su aplicación generará una consecuencia incompatible con los mandatos de la moral jurídico positiva fundamental.

En ambos casos, si se trata de una obligación no sustentada en razones prudenciales (evitar una sanción, por ejemplo), sino axiológicas, ello indica que el operador se identifica con aquella moral (en un caso *iusnatural*, en otro jurídico positiva) de la que debe derivar la excepción implícita a la aplicación de la norma.

Pues bien, en este estudio no se comulga con ninguna visión *iusnaturalista*, pero tampoco, por cierto, con cualquier moral jurídico positiva. Se comulga con la moral reconocida en las normas fundamentales de los denominados Estados Constitucionales, y que encuentra en la defensa de la dignidad humana el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Por consiguiente, no solo se defiende la idea de que la derrotabilidad jurídica *puede* tener lugar en cualquier sistema jurídico, sino también la idea, axiológicamente más trascendente, de que, cuando menos en el marco de los Estados Constitucionales, el tomarse en serio jurídicamente la dignidad humana, sus imperativos de autonomía moral, y los derechos fundamentales de ella derivados, exige que el operador jurídico y principalmente los jueces, asuman que la derrotabilidad jurídica *debe* tener lugar toda vez que se anticipe que la aplicación literal de una norma válida generaría consecuencias disconformes con el contenido de aquella moral jurídico positiva.

Una de las consecuencias más importantes de la separación conceptual entre una derrotabilidad en un sentido descriptivo y otra en un sentido prescriptivo, es que la ausencia de compromiso moral en la primera permite aceptar que toda norma en un sistema jurídico sea derrotable. Empero, el compromiso moral que subyace a un enfoque prescriptivo impide dicha conclusión. En otras palabras, la derrotabilidad

jurídica en un sentido prescriptivo parece llevar inevitablemente a la conclusión de que, a su vez, en el sistema jurídico en el que se predica existen cuando menos algunas normas inderrotables. Esta afirmación será desarrollada en el segundo capítulo.

Así pues, si en tiempos del nazismo G. Dahm recomendaba a los jueces analizar cada caso no con pleitesía a la literalidad de la norma, sino realizando «juicios de valor que correspondan al ordenamiento jurídico nacionalsocialista»⁶⁸, atendiendo a cuanto se acaba de señalar, puede decirse que lo rectamente criticable en la recomendación no era el tipo de argumentación que se aconsejaba realizar, sino el contenido de los valores que se quiso servir a través de ella.

4. Relaciones y diferencias entre los conceptos de derrotabilidad, invalidez e inaplicación.

Aunque ya ha habido algún adelanto, toca ahora establecer con claridad las relaciones y distinciones entre conceptos jurídicos que, en principio, pudieran considerarse intercambiables. Se trata de los conceptos de derrotabilidad, invalidez e inaplicabilidad. ¿Es una disposición derrotada, una disposición inválida o inaplicable? La respuesta a esta interrogante no es simple. Requiere, ante todo, una serie de precisiones.

La categoría «validez jurídica» se ha prestado a diversas definiciones⁶⁹, siendo, no obstante, un tópico de capital importancia, entre otras consideraciones, porque se encuentra intrínsecamente relacionado con la determinación de cuándo estamos o no ante un fenómeno que pueda ser considerado como parte del Derecho. Es decir, estamos ante una categoría en estrecha relación con el concepto de Derecho⁷⁰.

Nino, por ejemplo, distingue hasta seis sentidos en que puede ser entendido el concepto de validez de las disposiciones jurídicas: a) validez entendida como su existencia; b) validez entendida como su fuerza obligatoria moral; c) validez de una disposición entendida como la existencia de otra disposición que declara que su aplicación es obligatoria; d) validez de una disposición entendida como el hecho de haber sido sancionada por una autoridad competente; e) validez entendida como su

⁶⁸ Cfr. Dahm, G., «Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht», en: R. Freisler (editor), *DStR*, 1934, p. 90.

⁶⁹ El significado de validez jurídica «es un significado oscuro porque de acuerdo con el mismo validez designa una propiedad no bien definida de las normas jurídicas, algo que parece involucrar al mismo tiempo su existencia y su obligatoriedad» (cfr. Delgado Pinto, J., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en: *Doxa*, N.º 7, 1990, pp. 101 – 102, nota 1).

⁷⁰ A decir de Bobbio, la respuesta a la pregunta «¿qué se entiende por Derecho?», parece ser un escalón previo para alcanzar soluciones medianamente satisfactorias en torno a la encrucijada vinculada con la determinación de cuándo un acto (normativo o no) es válido jurídicamente (cfr. Bobbio, N., *Teoría della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958, p. 38).

pertenencia a un sistema jurídico; y, f) validez entendida como su vigencia o eficacia, es decir, como su general observancia o aplicación⁷¹.

Desde luego, estas definiciones no constituyen compartimentos estancos unas de las otras, sino que pueden encontrarse en relación necesaria para definir el concepto de validez. De hecho, Nino las combina para dar lugar, a su vez, a complementarias ideas del concepto, llegando finalmente a la conclusión de que «sería conveniente reservar la palabra “validez” para hacer referencia a la justificabilidad o fuerza obligatoria de la normas jurídicas, y otorgar a la palabra “existencia” [o, si se quiere, “pertenencia a un sistema jurídico”] exclusivamente un significado descriptivo»⁷². Esta afirmación se entiende mejor si se tiene en cuenta que para Nino hay una conexión justificatoria entre moral y Derecho, de forma tal que «el discurso justificatorio jurídico no es insular sino que la adopción de normas que legitiman la prescripción de normas jurídicas está sometid[a] a crítica en el marco del discurso moral, sobre la base de normas que, como las primeras mencionadas, no son jurídicas»⁷³. Es en este marco, que traspasa las fronteras del Derecho positivo y que tiene relación con la visión de quienes participan institucionalmente en la identificación del Derecho, en el que, para Nino, debe desenvolverse el discurso de la validez⁷⁴. Mientras que el discurso sobre la existencia de normas jurídicas, de carácter descriptivo y propio del simple observador, puede permanecer dentro del marco del Derecho positivo⁷⁵.

Aquí se considera que el discurso de la validez no debe traspasar las fronteras de la positividad del Derecho. Sin perjuicio de ello, se vinculará, *condicionadamente*, el concepto de validez de una disposición jurídica, de un lado, con el de su fuerza moral o justificabilidad, y, de otro, con el de su existencia en el sistema.

No obstante, para tener un escenario que asegure mayor claridad a los argumentos que en unos instantes se brindará en respaldo de lo antedicho, conviene

⁷¹ Cfr. Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, ob. cit., pp. 132 – 133.

No nos detendremos en el análisis de la validez de los ordenamientos jurídicos, sino solo en el de las normas jurídicas. En líneas generales, se conviene con Peces-Barba en que «la teoría del Derecho válido, o de la validez jurídica, es más fructífera si se estudia el conjunto del Ordenamiento, que si se estudia solo la norma» (cfr. Prólogo al libro de M. J. Fariñas, *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991, p. 14). Empero, avocarse a ello en este estudio, implicaría, necesariamente, analizar asuntos relacionados, por ejemplo, con la validez de la propia Norma Fundamental kelseniana o de la regla de reconocimiento hartiana; cuestiones que, más allá del profundo interés que despiertan y merecen, escaparían a los objetivos aquí propuestos.

⁷² Cfr. Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, ob. cit., p. 139.

⁷³ Cfr. Nino, C. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 71.

⁷⁴ Afirma Nino que «desde la perspectiva interna, la moral que resulta positiva consiste en un conjunto de juicios y principios asumidos como válidos que, por cierto, no se refieren a la misma moral positiva, sino que se consideran parte de una moral crítica e ideal» (cfr. Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, ob. cit., pp. 46 – 47).

⁷⁵ Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, ob. cit., pp. 50 – 83.

tener presente el todavía vigente debate entre los defensores del positivismo jurídico excluyente y quienes defienden el positivismo jurídico incluyente o también denominado incorporacionismo. Para los primeros, la identificación del Derecho depende solamente de hechos sociales, prácticas empíricamente constatables⁷⁶. Para los segundos, tanto la existencia como el contenido del Derecho *pueden* venir determinados por la moral, es decir, vendrían a sostener que la no conexión identificatoria entre Derecho y moral es solo contingente⁷⁷. Pues bien, es probable que el éxito de los respectivos planteamientos dependa de si se adopta el punto de vista del observador o del participante⁷⁸. En efecto, la perspectiva de un positivista excluyente es de poca utilidad en manos de un participante; para éste, en tanto participa en la formación del Derecho, la toma de consideración de hechos sociales no podría ser más que un primer paso en su tarea de identificarlo. La constatación de una práctica es un dato necesario, pero no suficiente para que el participante considere que está ante la presencia de lo jurídico. Sin embargo, según se apuntará luego, la del positivista excluyente es la única perspectiva que puede adoptar quien pretenda describir el Derecho como un simple observador. Por su parte, la visión de un positivista incluyente pierde virtualidad en manos de un observador, pero parece tener mucho que decir para un participante en constante contacto con normas jurídicas de contenido moral⁷⁹.

⁷⁶ Esta sería la perspectiva adoptada, por ejemplo, por Raz (cfr. Raz, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción de R. Tamayo, UNAM, México D. F., 1982, pp. 58 y 67).

⁷⁷ Aunque con ciertas diferencias entre sus respectivas visiones, ésta vendría a ser la posición de Coleman (cfr. Coleman, J. *The practice of principle. In defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 126 – 130) y Waluchow (cfr. Waluchow, W., *Positivismo jurídico incluyente*, traducción de M. Gil, R. Tesone y H. Zuleta, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 95 y ss.). Un análisis cuidadoso de distintas posiciones que podrían ingresar dentro de los parámetros del positivismo jurídico incluyente, puede verse en Escudero R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004, capítulo 3.

⁷⁸ Se utiliza aquí la valiosa distinción terminológica propuesta por R. Alexy. De acuerdo con ella, un observador es «quien no pregunta cuál es la decisión correcta en un determinado sistema jurídico, sino cómo se decide de hecho en un determinado sistema jurídico», y un participante «quien en un sistema jurídico participa en una argumentación acerca de lo que en este sistema jurídico está ordenado, prohibido y permitido o autorizado» (cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2da. edición, traducción de J. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 31). Como reconoce el propio Alexy la distinción tiene base en la que antes realizara Hart entre el punto de vista externo y el punto de vista interno del Derecho (cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., pp. 110 - 113), y resulta de vital importancia, pues, como bien afirma Alexy, solo con ella «puede comprenderse adecuadamente la normatividad del Derecho, tanto en sus peculiaridades como en su vinculación con la facticidad y con la moralidad» (cfr. Atienza, M., *Entrevista a Robert Alexy*, traducción de M. Atienza, en: *Doxa*, N.º 24, 2001, p. 680).

⁷⁹ Es probable que a ello se refiera R. Escudero al señalar que es el campo de la aplicación del Derecho en «donde la propuesta incorporacionista podría encontrar mayores visos de tener éxito» (cfr. Escudero, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XXII, 2005, p. 406). No obstante, cabría agregar que esta propuesta no solo tiene mucho que decir en el plano de la aplicación, sino también en el de la identificación del Derecho (algo que Escudero parece negar –p. 405 y ss.–), pues un participante usualmente no solo tiene competencias aplicativas, sino también identificativas. De hecho, lo primero presupone lo segundo, y tanto en uno como en otro campo un Derecho que reconoce contenidos morales (es decir, todo sistema jurídico) tiene mucho que decirle al participante.

Hecho el apunte, corresponde analizar más detenidamente la relación condicionada entre el concepto de validez y la fuerza moral de las normas jurídicas, y entre la validez y la existencia de las normas jurídicas. Se dice que la vinculación entre la validez jurídica de una disposición y su fuerza moral es *condicionada*, porque ella es dependiente de si la evaluación de la validez la realiza un observador o un participante. Si es realizada por un observador, es preciso (cuando menos desde la ya resaltada propuesta positivista metodológica) que la determinación de la validez de una norma –y, consecuentemente, la de su pertenencia al ordenamiento– sea realizada con prescindencia del juicio que merezca su fuerza moral. La razón de ello, reside, evidentemente, en que la posición del observador frente a lo que el Derecho es, solo puede ser descriptiva⁸⁰, sin que ello signifique que no pueda llevar a cabo un ejercicio moral crítico sobre lo que el Derecho es.

Ahora bien, el hecho de que desde un punto de vista externo la aproximación al fenómeno jurídico solo pueda ser descriptiva, no significa que ella pueda pasar por alto las valoraciones que el participante (de quien se hablará en un momento) tiene en cuenta para identificar y aplicar el Derecho. Como ha sostenido Nino, la «perspectiva interna está indisolublemente ligada a la perspectiva interna de la moral y, en especial, a la perspectiva interna de la práctica discursiva que la modernidad ha acoplado a la moral positiva. Si ello es así, la perspectiva externa del derecho como práctica social se distorsiona si no relaciona explicativamente esa práctica social con la práctica social del discurso moral»⁸¹.

Raz ha sostenido, erróneamente, que la teoría del Derecho es valorativa y no solo descriptiva, pues –a su juicio– «es una explicación del Derecho desde el punto de vista interno»⁸². Esta afirmación no solo vendría a resultar incoherente con la defensa del positivismo jurídico excluyente que el propio Raz realiza, sino que en ella subyace una confusión. Una cosa es que el estudio del Derecho se realice tomando en cuenta lo que realmente sucede en el punto de vista interno, y otra que se realice desde el punto de vista interno. Así como desde el punto de vista interno no se teoriza sobre el Derecho, sino que se hace, se interpreta o se aplica el Derecho (muchas veces asumiendo criterios valorativos), el estudio o la teoría del Derecho, en tanto no participa en su creación o aplicación, solo puede hacerse desde el punto de vista

⁸⁰ En el campo de esta descripción ingresa la constatación de hechos empíricamente verificables (tesis de las fuentes sociales del Derecho), como el pronunciamiento por parte de un específico órgano constituido o el seguimiento de un determinado procedimiento. Es cierto, sin embargo, que incluso las disposiciones jurídicas que se ocupan de cuestiones formales como las referidas, pueden ser indeterminadas, dando lugar a que asuntos tan relevantes como, por ejemplo, definir al supremo intérprete de una Constitución, pase a ser un asunto controvertido, que busque ser resuelto valorativamente. (Sobre la indeterminación de disposiciones que establecen criterios formales de validez, cfr. Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, ob. cit., pp. 126 – 127).

⁸¹ Cfr. Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, ob. cit., p. 50.

⁸² Cfr. Raz, J., «On the Nature of Law», en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N.º 82, 1996, p. 15.

externo, y, en esa medida, solo puede ser descriptivo. Asunto distinto es que en esa descripción no deba desatenderse el rol que las valoraciones desempeñan cuando se adopta el punto de vista interno, como algunas teorías pretenden (y es probable que esto sea lo que haya querido afirmar Raz)⁸³. Pero lo cierto es que aun cuando desde un punto de vista externo no deba desatenderse dicho rol, «[e]so no quiere decir que el concepto de [D]erecho [desde un punto de vista externo] se convierta en normativo, ya que se limita a describir cómo ven el [D]erecho quienes participan en su desarrollo»⁸⁴. Y es que tal como ha señalado Hart, «la descripción puede mantenerse descripción, aun cuando lo que se describa sea una [valoración]»⁸⁵.

En definitiva, aquí se comparte la que Bayón ha denominado *tesis epistémica de la neutralidad*, que consiste en considerar que es posible que el teórico conozca y describa las prácticas de quienes son competentes para crear y aplicar el Derecho, sin que ello signifique tener que adoptar la actitud que éstos asumen frente a las normas jurídicas. En palabras de Bayón: «el conocimiento y descripción de prácticas sociales presupone una referencia a la actitud de quienes aceptan las reglas, no la adopción de esa actitud»⁸⁶.

A diferencia de ello, en el caso del participante, la evaluación de la validez de los enunciados jurídicos no se limita a un juicio descriptivo; a él se suma (o, cuando menos, puede sumarse) un juicio valorativo *intrasistémico*. La razón de ello, también evidente, es que el participante, en cuanto tal, no está condenado a describir lo que el Derecho es, sino que participa en su creación o producción⁸⁷. Dicho de otro modo, el Derecho que es con anterioridad a la intervención del participante, puede verse influido por el Derecho que –desde su perspectiva (que, como se verá, es jurídicamente limitada)– *debe ser*, pasando a *ser* un Derecho parcialmente distinto luego de tal intervención.

Así, por ejemplo, una mayoría parlamentaria descontenta con el Derecho que existe en el tiempo 1, en tanto participante, tiene capacidad de transformarlo a partir de la visión que tiene del Derecho que *debe ser*, pasando a *ser* un Derecho distinto en el tiempo 2. Del mismo modo, los magistrados de un Tribunal Constitucional,

⁸³ Una crítica a Raz similar a la que aquí se formula, ha sido realizada por E. Bulygin (cfr. Bulygin, E., «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz», traducción de H. Bouvier, en: J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 108 – 109).

⁸⁴ Cfr. Nino, C., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, ob. cit., p. 44.

⁸⁵ Cfr. Hart, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, P. Bulloch y J. Raz (editores), traducción de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D. F., 2000, p. 18.

⁸⁶ Cfr. Bayón, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en: V. Zapatero (editor), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, T. II, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, p. 42.

⁸⁷ La posición del participante frente al Derecho no es epistémica, sino adjudicativa (cfr. Dahlman, C., «Adjudicative and epistemic recognition», en: P. Comanducci y R. Guastini (editores), *Analisi e diritto*, 2004, p. 239).

contrarios al contenido de un ley impugnada en su sede, y que es Derecho en el tiempo 1 de presentación de la demanda, puede eliminar o transformar (interpretativamente) su contenido normativo, a partir del Derecho que a su juicio *debe ser*, haciendo que tenga una configuración distinta en el tiempo 2.

Es cierto que esta capacidad transformadora del Derecho no debe apreciarse como una capacidad ilimitada ni en cuanto al objeto ni en cuanto al parámetro que puede servir para llevarla a cabo. No debe serlo en cuanto al objeto, porque los participantes, en tanto poderes constituidos, nunca tienen a su disposición cualquier ámbito del Derecho para ser modificado. Así, por ejemplo, por muy en desacuerdo que una mayoría parlamentaria simple se encuentre con una específica cláusula constitucional, usualmente los ordenamientos no le conceden la competencia para modificarla. Del mismo modo que un funcionario de la Administración Pública no tiene competencia para alterar o inaplicar, por razones jurídico morales, el contenido de las leyes⁸⁸. Y tampoco debe entenderse ilimitada en cuanto al parámetro, porque, al menos en teoría, y como ya se apuntó antes, la fuerza moral que puede servir de base a un participante para modificar al Derecho existente, no debe emanar de las antojadizas convicciones propias, sino de aquéllas que resulten compatibles con el impreciso, pero existente, componente moral que preside el ordenamiento que será objeto de modificación parcial.

Ahora bien, es cierto que para muchos, la manifiesta imprecisión o indeterminación de los contenidos morales reconocidos por el Derecho, es razón suficiente para considerar que las decisiones jurídicas basadas en ellos no se encuentran sometidas a límites jurídicos. Por ejemplo, ésta parece ser la posición de R. Escudero: «si en la labor de desarrollo o concretización de un principio (...) no hay hecho alguno al que recurrir, o si los hechos constatados a los que sí se puede acudir sirven para justificar soluciones contrapuestas, entonces lo que sucede propiamente es un acto de creación de nuevo Derecho por parte del órgano competente para ello. Una creación de Derecho que es, por un lado, el ejercicio de una acción discrecional y, por otro, el resultado del recurso a consideraciones morales, políticas o de cualquier otro tipo, pero no de carácter jurídico; por lo menos, hasta que se adopta la decisión»⁸⁹.

⁸⁸ Es cierto que esta última afirmación cada vez más puede verse envuelta es una serie de matices, sobre todo si se tiene en cuenta que existen determinados ordenamientos en los que el control difuso de constitucionalidad de las leyes por parte de la Administración, se encuentra autorizado en ciertos supuestos. En el caso peruano, a través de un precedente constitucional vinculante, el Tribunal Constitucional reconoció la competencia de los tribunales administrativos, bajo ciertas condiciones, para ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes (cfr. STC 3741-2004-PA). Sin embargo, dicho fue dejado sin efecto a través de la STC 4293-2012-PA.

⁸⁹ Cfr. Escudero, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho», ob. cit., pp. 410 – 411.

De esta afirmación puede colegirse que si el material jurídico preexistente puede llevar a soluciones contrapuestas, entonces en realidad la solución que se dé bajo su uso, no estará basada en razones jurídicas, sino solo morales o políticas. No obstante, una de las características de los ordenamientos jurídicos que reconocen alguna moral sustantiva es justamente la posibilidad (en muchas ocasiones) de extraer de sus normas, e incluso de una misma norma, razones contrapuestas (si no se comparte esta afirmación, es porque se cree que la moral reconocida jurídicamente no es utilizada por los órganos públicos para fundar sus decisiones o porque se cree que esa moral es plenamente objetiva, siendo ambas consideraciones que aquí se asumen incorrectas). De manera que R. Escudero estaría implícitamente afirmando algo así como que en los Estados Constitucionales muchas veces el material jurídico impide la adopción de soluciones basadas en razones jurídicas.

Desde la perspectiva que aquí se defiende, el planteamiento no es acertado. Y no lo es porque en él parecen mezclarse dos planos de análisis. Es verdad que desde un punto de vista externo los hechos sociales que constituyen el Derecho solo pueden ser descritos y en esa medida llevar a respuestas binarias entre la verdad o la falsedad, y monotónicas. Pero desde un punto de vista interno, merced a la moral juridificada, el análisis del Derecho no es incompatible con la multiplicidad de respuestas (todas basadas en razones jurídicas) que se desenvuelven en la gradualidad de la corrección e incorrección y que, consecuentemente, son potencialmente politónicas. De manera que el hecho de que la moral fundamental juridificada sea indeterminada y pueda eventualmente llevar a más de una respuesta, no parece motivo suficiente para sostener que las decisiones adoptadas a su amparo carezcan de racionalidad jurídica⁹⁰.

Pero lo que por ahora resulta más importante es tener en cuenta que lo que aquí se defiende es que analizado el Derecho desde la perspectiva de un participante, la moral reconocida jurídicamente o legalizada sí incide en la determinación de la validez de las disposiciones jurídicas, pues ella servirá para juzgar el Derecho que es, y para condicionar, en consecuencia, el Derecho que *será*, luego de su participación.

Por otra parte, la mencionada vinculación entre los conceptos de validez de una norma y su existencia o pertenencia a un ordenamiento jurídico, también debe ser condicionada. Si por pertenencia de una disposición al sistema se entiende su existencia en el mundo jurídico de los textos que lo conforman y a los que se puede prestar el auxilio de la fuerza coactiva del Estado para su cumplimiento, y por validez

⁹⁰ En el capítulo 4 de este estudio se profundizará en las razones por las que se considera que el hecho de que el Derecho, en determinadas ocasiones, pueda brindar al participante razones para llegar a más de una solución, no es incompatible con la racionalidad jurídica.

se entiende la conformidad o compatibilidad de una disposición con otra de mayor jerarquía (la «cadena de validez» de la que habla Raz⁹¹ o la «cadena de subordinación» a la que alude von Wright⁹²), se comprenderá que la relación entre una norma perteneciente al sistema jurídico y una norma válida es contingente.

Para que una norma pertenezca al sistema basta con que haya sido regularmente publicada. Así, tal como ha sostenido Guastini, «incluso las normas inválidas pertenecen al sistema. Por consiguiente, no es la validez sino algo menos que ella (*grosso modo*, la efectiva promulgación por parte de un órgano *prima facie* competente) lo que constituye condición suficiente de la pertenencia»⁹³. Siendo ello así, una disposición existente en un sistema jurídico, es decir, una que pertenezca a él en razón de su regular publicación⁹⁴, será válida, *a condición* de que además haya sido producida por el órgano competente, siguiendo el procedimiento preestablecido y respetando los límites materiales establecidos en las disposiciones supraordenadas⁹⁵.

Desde luego, en un sistema jurídico en el que no se encuentra prevista la posibilidad de declarar la invalidez de las normas, esta diferenciación carece de sentido práctico, y, desde esta perspectiva, la correspondencia entre existencia y validez será plena⁹⁶. Esta parece ser también la posición de Prieto cuando señala que

⁹¹ Cfr. Raz, J., *The concept of a Legal System*, 2da. edición, Oxford University Press, Oxford, 1980, pp. 105 – 109.

⁹² Cfr. Wright, G. H. von, *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963, pp. 194 – 196.

⁹³ Cfr. Guastini, R., «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en: *Discusiones*, N.º 2, 2001, p. 60. Es del caso precisar que en la cita el autor utiliza el término promulgación como sinónimo de publicación, tal como lo hacen Alchourrón y Bulygin en *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 1997, p. 36.

⁹⁴ Una norma pertenece a un sistema y surte efecto luego de su publicación, aun en la circunstancia de que ella postergue su vigencia, cuando menos, por el hecho de que tras su publicación, merced a su existencia y efecto, ya deberá entenderse ordenado jurídicamente cuándo entrará en vigencia. Así parece entenderlo también A. Palacios (cfr. *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 316 – 317).

⁹⁵ Por cierto que la existencia de las disposiciones en un ordenamiento ha sido algunas veces relacionada solo con sus textos (su presencia en los *statute books*, por decirlo de alguna manera) y otras con la presencia efectiva o potencial de sus respectivos efectos. La diferenciación alcanza nítida relevancia cuando se busca determinar si se suscita la sustracción de la materia en un proceso de inconstitucionalidad en el que la ley objeto de juicio se encuentra derogada, pero sus efectos perviven en el tiempo merced a la coloquialmente denominada *vigencia ultractiva de las normas*. En los casos en los que el fenómeno se ha presentado, los tribunales constitucionales suelen considerar que la condición *sine qua non* para que exista objeto de juicio en un proceso de inconstitucionalidad es la existencia potencial o efectiva de los efectos de la disposición o que la eventual sanción de inconstitucionalidad, en atención a la materia enjuiciada, pueda alcanzar a los efectos que la disposición cumplió en el pasado, y no así su presencia en el mundo oficial de los textos jurídicos. En otras palabras, la derogación de una ley, no impide necesariamente su sometimiento a juicio (cfr. SSTC 0004-2004-PI –acumulados–, FF. JJ. 2 - 3; 0016-2005-PI, FF. JJ. 5 – 8; 0019-2005-PI, FF. JJ. 4 – 6). La razón de tal posicionamiento estriba en el hecho de que mientras la declaración de inconstitucionalidad de una disposición supone un juicio de invalidez que aniquila sus efectos, la derogación no necesariamente lo supone, por lo que los efectos de las disposiciones pueden pervivir a pesar de ella. Por lo demás, así lo entendió el propio Kelsen cuando tuvo ocasión de plantearse el asunto (cfr. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, ob. cit., p. 31). Sobre las importantes diferencias entre la derogación y la invalidez, cfr. Guastini, R., «Cinco observaciones sobre validez y derogación», ob. cit., pp. 61 – 62.

⁹⁶ Cabe señalar que esta correspondencia también es coextensiva en los ordenamientos que cuentan con un control de constitucionalidad previo o preventivo, como es el caso del francés y como lo era el chileno. Otros ordenamientos incluyen este control solo en relación con determinado tipo de fuentes; así, por

«el sistema puede carecer de cualquier forma de fiscalización sobre la normativa inferior, de manera que si, por ejemplo, la Constitución estableciese que la ley deberá hacerse de cierta manera o que no podrá tener determinado contenido, las leyes que vulnerasen tales condiciones serían, sin embargo válidas, obligatorias y aplicables en la medida en que no se hubiese arbitrado ninguna institución o mecanismo para sanar el vicio; o incluso si, habiéndose arbitrado formalmente, fuera costumbre hacer caso omiso de sus exigencias»⁹⁷.

Pero en otros sistemas (los mayoritarios), en los que sí está prevista la posibilidad de control (usualmente jurisdiccional) sobre las leyes, el asunto no es baladí. Para el órgano que es competente para declarar la invalidez de una disposición, su capacidad para incidir válidamente en la esfera subjetiva de las personas, no está sujeta solo a su pertenencia al sistema, sino a su compatibilidad con las disposiciones superiores⁹⁸. En tales casos, la correspondencia coextensiva entre pertenencia o no pertenencia y validez o invalidez, es dependiente de si tal órgano se encuentra autorizado para dotar de retroactividad o no a su decisión. En el primer caso, la correspondencia será total, pues no solo deberá asumirse que la disposición nunca fue válida, sino que, en definitiva, nunca perteneció al sistema. En el segundo caso, en cambio, la declaración jurisdiccional de invalidez significará que con anterioridad a ella no existía una correspondencia entre pertenencia y validez, configurándose el no inusual fenómeno de la existencia de actos inválidos no susceptibles de ser sancionados como tales⁹⁹ y, en consecuencia, aplicables y con eficacia plena¹⁰⁰.

R. Escudero se muestra escéptico ante la distinción entre los conceptos de existencia y potencial aplicabilidad de las normas jurídicas, por un lado, y su validez,

ejemplo, el español lo prevé como una posibilidad solo para el caso de tratados (cfr. artículo 95º de la Constitución española).

⁹⁷ Cfr. Prieto, L., *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 155. Situación en la que, por cierto, como bien advierte Prieto, más allá de consideraciones lógicas, la Constitución carecerá de fuerza normativa, pasando a tener la calidad de un simple documento político.

⁹⁸ Es bueno precisar que, así asumidas las cosas, si un Tribunal Constitucional con competencia de control *ex post* constata que una norma sometida a un juicio de constitucionalidad no ha sido publicada o lo ha sido irregularmente, deberá declarar la improcedencia de la demanda ante la inexistencia de objeto de control, sin perjuicio de considerar que los actos que hubiesen sido realizados al amparo de la norma no perteneciente al sistema jurídica adolecen de nulidad. Y es que no es posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él. El Tribunal Constitucional peruano lo entendió correctamente en la STC 0021-2003-PI, pero no abordó el asunto de la mejor manera en la STC 0005-2010-PI.

⁹⁹ Que Bayón ha asimilado a la teórica figura de los deberes jurídicos sin sanción (cfr. Bayón, J. C., «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», ob. cit., p. 79).

¹⁰⁰ Desde luego, en este segundo caso se está asumiendo que la sentencia constitucional es declarativa en relación con la invalidez de la norma y constitutiva en relación con su inexistencia y su inaplicabilidad (es decir, se asume que siempre fue inválida aunque recién luego de la sentencia será además inexistente y, por ende, inaplicable). Si se asumiese que la sentencia constitucional es constitutiva en relación con la invalidez de la norma, en este caso también la correspondencia entre pertenencia y validez sería coextensiva (es decir, la norma sería válida mientras perteneció al sistema, dejando de pertenecer a él en razón de la sentencia constitutiva de su invalidez).

por otro, por la supuesta carencia de fines prácticos de la que adolecería¹⁰¹. Empero, como de algún modo se ha mencionado ya, esta supuesta falta de relevancia parece ser contingente y no necesaria. Así por ejemplo, es de utilidad en los ordenamientos jurídicos (como el peruano) en los que existe un plazo de prescripción para ejercer el control abstracto de constitucionalidad de las leyes por parte de un órgano específico (usualmente un Tribunal Constitucional), y existe además una permanente posibilidad de ejercer el control concreto por parte de la generalidad de los jueces. Eventualmente, podría suceder que ante el vencimiento del referido plazo, el órgano encargado de ejercer el control abstracto declare la invalidez de una norma, sin poder sancionarla. En tal supuesto, la vinculatoriedad del criterio obligaría a los jueces a inaplicar en cada caso la norma, a pesar de que continúa perteneciendo al sistema¹⁰². De hecho, es justamente esta pertenencia la que podría generar que algún desavisado juez la aplique, haciendo caso omiso del criterio del Tribunal Constitucional, suceso que difícilmente tendría posibilidad de darse si la norma hubiese sido expulsada del sistema. Fenómenos como este, y otros, hacen que la distinción tenga todavía sentido, sobre todo en sistemas que responden a una tradición romano-germánica en la que los conceptos de validez y aplicación se relacionan con garantías jurisdiccionales de distinta lógica¹⁰³.

Llegados a este punto corresponde delimitar el concepto de validez que aquí se defiende y que, como ya es evidente, tomará en cuenta lo que realmente sucede en la perspectiva del participante: se entiende que una disposición es jurídicamente válida cuando perteneciendo a un determinado sistema jurídico es compatible formal y materialmente con el marco normativo jerárquicamente superior a ella.

¹⁰¹ Cfr. Escudero, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho», ob. cit., pp. 404 – 405.

¹⁰² Declarar la invalidez de la norma, a pesar de no poder sancionarla (porque no contaban con los votos necesarios para ello), es lo que algunos consideran que debió hacer el Tribunal Constitucional peruano cuando fue impugnada la ley que permitía inconstitucionalmente a A. Fujimori postular a un tercer mandato presidencial en el año 2000. La tesis se sustenta en que con ello, por lo menos teóricamente, se habría obligado a los jueces del Jurado Nacional de Elecciones a inaplicarla en el momento en el que Fujimori solicitara la inscripción de su candidatura, merced a la fuerza vinculante de los criterios del Tribunal Constitucional en todo tipo de proceso (cfr. Carpio, E., «Constitución y reelección presidencial: el caso peruano», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXIII, N.º 98, Mayo – Agosto 2000, pp. 481 – 486). Lo que no queda claro es el sustento por el que el Tribunal podría vincular con una cantidad de votos menor a la necesaria para sancionar la inconstitucionalidad de una ley, es decir, para estimar la demanda, sobre todo, si se considera que la exigencia de una mayoría calificada en estos casos suele asociarse a su condición de órgano contramayoritario en permanente tensión con determinados fundamentos de la democracia. En todo caso, como se sabe, no fue eso lo que sucedió. Tres de los siete magistrados, ante la abstención de los otros cuatro y la imposibilidad de alcanzar los seis votos que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exigía para sancionar la inconstitucionalidad de una ley, optaron por ejercer el control difuso contra la ley reeleccionista en un proceso de inconstitucionalidad (STC 0002-1996-PI). La dictadura, mediante un írrito procedimiento, los destituyó como consecuencia de estos eventos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, los restituyó en el cargo (cfr. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia del 31 de enero de 2001. Serie C, N.º 71).

¹⁰³ Una razón similar es la que lleva a Bayón a considerar que la aceptación de la existencia jurídica de leyes inválidas no es una construcción artificiosa, sino que tiene ciertas ventajas (cfr. Bayón, J. C., «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», ob. cit., p. 79).

Es inevitable advertir que en la comprensión europeo continental de validez y en su desarraigo frente a los casos concretos o frente a la proyección subjetiva de las normas, hay un cierto apego a la logicidad que se considera debe caracterizar al fenómeno jurídico. La propia estructuración de órganos *ad hoc* para juzgar la validez de las leyes así parece indicarlo.

En efecto, aunque indubitavelmente una de las razones por las que Kelsen opta por concentrar el control de la constitucionalidad de las leyes en un órgano especial y no difuminarlo en el Poder Judicial, reside en el temor por la inseguridad jurídica que puede generar un modelo de control concreto en un sistema ajeno a la cultura del precedente¹⁰⁴, la otra razón de tal decisión parece ser la confianza en un juicio lógico de compatibilidad de normas, llevado a cabo por un órgano que, de un lado, sea incompetente para valorar las motivaciones políticas del legislador en la promulgación normativa, y de otro, se encuentre desafecto a las valoraciones morales que inevitablemente surgen al conocer hechos específicos. Tal como ha referido Prieto, Kelsen propugna la creación de «un juez cuya tarea exclusiva y excluyente consistiría en verificar un juicio de compatibilidad lógica entre dos productos normativos acabados, sin quedar empeñado por ningún género de consideración fáctica que irremediabilmente produce la contemplación de un concreto supuesto de hecho». En tal sentido, «el empeño por excluir cualquier ponderación de intereses o circunstancias de hecho se justifica por el deseo de hacer del control de constitucionalidad un juicio sobre la validez de las normas, no sobre su justicia o idoneidad para la satisfacción de ciertos fines o ideales»¹⁰⁵.

Kelsen fue un extraordinario teórico de la formal sistemática normativa, pero lamentablemente no fue un tenaz teórico sobre su contenido, y por ende, tampoco sobre su interpretación. En cierto modo, la *pureza* de su teoría no solo era dependiente de la separación metodológica entre Derecho y moral, en base a la cual cualquier contenido podía ser Derecho¹⁰⁶, sino también de que el Derecho sea lo más

¹⁰⁴ «Las imperfecciones y la insuficiencia de una anulación limitada a ese caso concreto son evidentes. Sobre todo la falta de unidad de las soluciones y la inseguridad jurídica que conllevan y que desagradablemente se hacen sentir cuando un tribunal se abstiene de aplicar un reglamento o, incluso, una ley por irregulares, mientras que otro tribunal hace lo contrario, prohibiéndose a las autoridades administrativas, cuando son llamadas a intervenir, a rehusar su aplicación. La centralización del poder para examinar la regularidad de las normas generales, se justifica ciertamente en todos los aspectos.» (cfr. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, ob. cit., p. 20).

¹⁰⁵ Cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2005, pp. 157 y 158, respectivamente.

¹⁰⁶ Más claramente Kelsen señalará: «Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea, puede ser

determinado posible desde un punto material y de que no contenga más materialidad que la estrictamente necesaria¹⁰⁷. Para Kelsen, dada su fuerte indeterminación, la realización jurídica de los principios como justicia, moralidad, libertad o igualdad, «no tiene y no puede tener, en el proceso de creación de [D]erecho (...), el carácter de una aplicación del [D]erecho en sentido técnico», puesto que, desde su perspectiva, «no recubren nada más que ideología política corriente»¹⁰⁸, que concedería a su intérprete la capacidad de significarla de cualquier manera. De ahí que propusiera que tales conceptos quedaran al margen de las constituciones, pues temía que la jurisdicción constitucional dispusiera de un poder insoportable al utilizarlos como parámetro para enjuiciar las leyes de un Parlamento democrático¹⁰⁹.

Kelsen no considera que el mismo peligro derive de la previsión en las constituciones de específicos derechos fundamentales. Ello se advierte cuando afirma que en caso de inclusión de los aludidos principios, «el límite entre estas disposiciones y las disposiciones tradicionales sobre el contenido de las leyes que se encuentran en las [declaraciones sobre derechos individuales], se borraría fácilmente»¹¹⁰. De ello deriva, cuando menos, que el autor austriaco no consideraba que las normas que reconocen derechos fundamentales tengan el mismo nivel de indeterminación que tiene una norma constitucional que, por ejemplo, prohíbe la realización de actos «injustos» o «inmorales». Si así lo hubiese considerado, para guardar coherencia con su doctrina, hubiese también propuesto la no inclusión de los derechos fundamentales en las constituciones, cosa que no hizo..

En todo caso, tal como ha enfatizado P. Cuenca, lo que sí resulta claro es que Kelsen «no se muestra partidario de la determinación material de la creación de normas generales por la norma constitucional» y en ese aspecto «la teoría kelseniana se “contamina” expresando una preferencia por una Constitución sin contenidos, o más bien, con contenidos suficientemente precisos vinculada con su relativismo moral y sustentada en la defensa de la democracia como modelo político»¹¹¹.

[D]erecho» (cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982, p. 205).

¹⁰⁷ Este es un elemento que invita a pensar en las manifestaciones teóricas y no solo metodológicas del positivismo kelseniano. Pensando en Kelsen (y en otros de similar escuela), Prieto afirma: «El positivismo consideró que allí donde finalizaba la determinación del Derecho y aparecían los márgenes de indeterminación sencillamente se alzaba el vacío jurídico y la subjetividad de los operadores jurídicos» (cfr. Prieto, L., «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en: *Doxa*, N.º 23, 2000, p. 194).

¹⁰⁸ Cfr. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, ob. cit., pp. 34 - 35.

¹⁰⁹ Cfr. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, ob. cit., pp. 35 - 36.

¹¹⁰ Cfr. Kelsen, H., *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, ob. cit., p. 35.

¹¹¹ Cfr. Cuenca, P., «Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen», en: *Papeles del tiempo de los derechos*, N.º 3, Año 2010, p. 13, nota 45.

Aun cuando la posición kelseniana en torno a la exclusión de las disposiciones principales de las constituciones o, en todo caso, del marco paramétrico de los tribunales constitucionales, no tuvo éxito, la abstracción del juicio de validez propuesto, sí la tuvo. Durante muchos años, los tribunales constitucionales han tenido como competencia fundamental, el conocimiento del denominado proceso, acción o recurso de inconstitucionalidad, en el que se enjuicia la constitucionalidad de las leyes *prima facie* con prescindencia de todo análisis de carácter fáctico. De esta forma, se afirma que se trata de un proceso de carácter exclusivamente objetivo, y nunca subjetivo¹¹².

Ahora bien, el concepto de validez tal como ha sido enfocado hasta el momento, es propio de una visión europeo continental, en la que la validez normativa puede ser estudiada con prescindencia de su aplicabilidad, es decir, con prescindencia de su real incidencia en el ámbito subjetivo del individuo. De antemano, esto significa que en el mundo europeo continental de la validez, esta puede enjuiciarse con absoluta prescindencia de hechos, mientras que el mundo anglosajón de la validez, los hechos se encuentran atados al juicio¹¹³.

La razón de estas diferencias obedece a que en los ámbitos jurídicos de tradición anglosajona, considerar el Derecho llanamente como «sistema de normas», conlleva,

¹¹² Aunque ex magistrados constitucionales del nivel de G. Zagrebelsky no están completamente de acuerdo con esta caracterización. Zagrebelsky afirma que «toda concepción de la Constitución trae consigo una concepción del procedimiento, como toda concepción del procedimiento trae consigo una concepción de Constitución, [pues] no existe un *prius* ni un *posterius*, sino una implicación recíproca», y que, en consecuencia, las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son «mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro» (cfr. Zagrebelsky, G., «¿Derecho Procesal Constitucional?», en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º IV, Diciembre 2001, pp. 402 y 404, respectivamente).

Que cualquier proceso constitucional (incluso, el de inconstitucionalidad) tiene tanto una función subjetiva como una objetiva en lo que a la protección de los derechos fundamentales se refiere, es una tesis que comienza a ser asumida por la propia jurisdicción constitucional (cfr. vg. SSTC peruano 0002-2005-PI, F. J. 2; 0020-2005-PI / 0021-2005-PI –acumulados–, FF. JJ. 16 – 18; 0019-2006-PI, FF. JJ. 8 – 9; 0007-2007-PI, FF. JJ. 10 – 11), y que incluso encuentra sustento en la propia legislación de algunos países. Así por ejemplo, un extremo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional peruano dispone que «*Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza [del derecho constitucional] por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda*». Dicho de otro modo, a pesar del decaimiento del interés subjetivo al interior del proceso (porque por vía de los hechos la pretensión ha sido satisfecha, o porque nunca podrá serlo), el juez constitucional se encuentra en capacidad de dictar una sentencia estimatoria, con el objeto de lograr que el emplazado se abstenga de incurrir en actos similares en el futuro, no solo con relación a la esfera subjetiva del recurrente, sino de la colectividad en general. Este precepto, que desafía a la teoría general del proceso, y que solo puede ser entendido desde la teoría del Derecho Procesal Constitucional, no tiene parangón en ningún proceso ordinario, y obviamente se encuentra orientado a que en los procesos de amparo también se pueda dispensar protección objetiva a los derechos fundamentales, aún cuando el interés procesal subjetivo se haya desvanecido.

¹¹³ Es cierto, sin embargo, que, por ejemplo, de manera excepcional en los Estados Unidos, y en particular para la defensa de la libertad de expresión, se habilitan ciertas fórmulas abstractas de control de constitucionalidad de normas, en el sentido de que el proceso instaurado se anticipa a cualquier aplicación (cfr. Virgala, E., «Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, N.º 62, Mayo – Agosto, 2001, p. 77 y ss.).

sencillamente, traicionar su esencia¹¹⁴. Desde esta visión, la fuente dispositiva y la realidad social en la que ha de incidir y cuya composición está llamada a regular, no deben (en realidad no tienen por qué) ser tratadas como compartimentos estancos. La validez de las disposiciones no tiene modo de ser concebida si no es en correspondencia con su aplicación o inaplicación a un caso concreto, entre otras consideraciones, porque no se encuentra el sentido de comprender un mecanismo de control social, al margen de tal componente social.

En la mayoría de situaciones, es la justicia jurídica que pudiera derivar de la aplicación de una norma la que la hace válida, mientras que, en contraposición, es la injusticia jurídica que derivara de ella la que la invalida¹¹⁵. En principio, no existe pues posibilidad de escindir la validez e invalidez de las disposiciones, de su respectiva aplicabilidad o inaplicabilidad. Evidentemente, esta correspondencia responde a un concepto de Derecho esencialmente distinto al que se maneja en la tradición romano germánica. Ahumada Ruiz lo ha expresado de manera singularmente lúcida:

«Cuando el [D]erecho se concibe como un sistema de normas cerrado y autorregulado, el papel del legislador en su edificación y de los teóricos de [D]erecho en su racionalización es central. Por el contrario, concebido como una herramienta, un instrumento para resolver conflictos de intereses, tanto más perfecto cuanto mejor se adapta a esa finalidad práctica, el [D]erecho no se entiende desconectado de la realidad sobre la que actúa, sobre la que pretende influir y que permanentemente lo pone a prueba. El laboratorio del [D]erecho entonces está en los tribunales: el [D]erecho se pone a prueba se desarrolla y se transforma a impulso de concretos conflictos reales que reclaman solución. La obsesión por la certeza del [D]erecho y el afán de sistematización, tan evidentes en la construcción del *civil law*, son perfectamente comparables a la obsesión por la eficacia y la permanente preocupación por adecuar el [D]erecho a la cambiante realidad social [*bridging the gap between law and society*] característico de los sistemas de *common law*»¹¹⁶.

Es por ello que en los sistemas de *common law*, la pregunta en torno a si una disposición debe o no continuar perteneciendo al ordenamiento jurídico, sería una

¹¹⁴ Cfr. Simmonds, N. E., *The decline of juridical reason: doctrine and theory in the legal order*, Manchester University Press, Manchester, 1984, pp. 29 – 33.

¹¹⁵ A esto apunta Zagrebelsky al referir que «no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice. No basta considerar el “derecho de los libros”, es preciso tener en cuenta “el derecho en acción”; no basta una “validez lógica” es necesaria una “validez práctica”. ¿Cuántas veces el significado abstracto de una norma es diferente de su significado en el caso concreto?» (cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, 6ta. edición, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2005, p. 122).

¹¹⁶ Cfr. Ahumada, M. A., «Stare decisis y creación judicial del Derecho (Constitucional)», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 23, N.º 67, Enero – Abril, 2003, p. 353. En sentido similar, Rubio Llorente ha señalado que para el *common law*, el Derecho «no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos, y que el juez debe integrar e interpretar para dar solución al litigio, como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litigios definidos» (cfr. Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 22, Enero – Abril, 1988, p. 14).

interrogante mal planteada. La cuestión a propósito de la validez de las normas no se responde mirando hacia las etéreas alturas de un sistema objetivo, sino hacia los casos específicos que han sido llamadas a dirimir.

Un ordenamiento normativo aisladamente considerado es estático y absoluto. Su dinamismo y relativismo solo es alcanzado en concatenación con los hechos de relevancia jurídica. De ahí que mientras en los sistemas de *civil law* el problema de la validez jurídica se enfoca en términos objetivos, absolutos y generales (la disposición debe o no debe de existir), en los de *common law*, se hace en términos subjetivos, relativos e individuales (la disposición debe o no debe ser aplicada).

Es así que mientras en los países de *civil law* la frontera entre las leyes válidas y las que no lo son busca establecerse de una manera inequívoca, el asunto es distinto en los países de *common law*, puesto que en estos ámbitos se asume que aquella «es una frontera dinámica, continuamente sujeta a matizaciones y cuya racionalidad hace difícil recurrir a categorías que como la invalidez, nulidad, ineficacia, etc., solo tienen sentido pleno cuando se predicen de enunciados normativos abstractos»¹¹⁷.

Debe tenerse en cuenta además que el análisis abstracto en cuestiones de validez lleva a que las respuestas en torno a ella corran un mayor riesgo de incorrección, mientras que en el enfoque relativo este riesgo se aminora. La razón de ello es que en el primer enfoque se acepta evaluar la validez con una información bastante menor que aquella con que se cuenta en el segundo. A continuación se buscará justificar esta afirmación.

La determinación del contenido normativo de las disposiciones no es *unidireccional*, sino *bidireccional*, pues los hechos también contribuyen a formularlo. El contenido normativo del Derecho se alimenta de distintos elementos que van siendo recogidos en el camino que se proyecta de las disposiciones a los hechos, pero también en el recorrido, a veces más iluminado, que parte de los hechos y se proyecta hacia las disposiciones. Es decir, en la búsqueda del componente normativo definitivo del Derecho, disposiciones y hechos están en una relación de condicionamiento mutuo, *bidireccional*.

El estudio de las disposiciones jurídicas que prescinde del análisis de su relación con los hechos, peca de una desafortunada abstracción, pues no solo desatiende que «[l]as situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión»¹¹⁸, sino también que la determinación del contenido normativo del Derecho

¹¹⁷ Cfr. Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», ob. cit., p. 19.

¹¹⁸ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit. p. 157.

encuentra parte de su delimitación interpretativa en el análisis de los hechos, y no en el simple campo etéreo de sus disposiciones. En tal sentido, aunque refiriéndose específicamente a la interpretación constitucional, Müller y Hesse llevan razón cuando afirman, respectivamente, que «[l]a relación entre realidad y Derecho no puede ser comprendida suficientemente ni en su universalidad jurídico-filosófica, ni basándose exclusivamente en los detalles de la metodología práctica para el tratamiento de cada caso. Antes bien, es preciso unir hermenéuticamente ambos puntos de vista»¹¹⁹, y que «“entender” y con ello concretizar [la norma constitucional] solo es posible desde un caso concreto. No existe interpretación constitucional independiente de los problemas concretos»¹²⁰.

En esa medida, puede concluirse que un juicio sobre la validez de una norma en el que no se toman en cuenta los hechos, es necesariamente un juicio incompleto, parcialmente desinformado, y, por derivación, probablemente erróneo. En ese sentido, es correcta la siguiente apreciación de Zagrebelsky: «el “[D]erecho viviente”, o sea, el [D]erecho que efectivamente rige, no es el que está escrito en los textos, sino el que resulta del impacto entre la norma en abstracto y sus condiciones reales de funcionamiento. La jurisprudencia que se cierra al conocimiento de esta valoración más amplia de las normas, valoración que indubitadamente abre el camino a una visión de sociología jurídica, se condena a la amputación de una parte importante de la función de garantía del [D]erecho en un ordenamiento determinado por principios»¹²¹.

Esto parecería denunciar un cierto artificialismo en la separación que pretende realizarse entre hechos y Derecho en el proceso de inconstitucionalidad, que ha llevado a que se presenten ciertas distorsiones en su procedimiento o se reconozcan ciertas limitaciones en sus resultados.

Así por ejemplo, es recordado el caso en el que el Tribunal Constitucional español se negó a brindar audiencia a unas personas en el desarrollo de una cuestión de inconstitucionalidad, argumentando que tratándose de un simple análisis objetivo de compatibilidad entre dos fuentes del Derecho, en el que no se ventilan derechos subjetivos, la solicitud de audiencia no tenía lugar. Resulta, sin embargo, que se

¹¹⁹ Cfr. Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», traducción de L. Villacorta, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 9, N.º 27, Septiembre – Diciembre 1989, p. 112. Y luego agrega: «Las normas constitucionales no aparecen en la práctica como juicios hipotéticos logificados, como órdenes idénticas a su tenor literal, sino como regulaciones que, además de los recursos metodológicos tradicionales, necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado» (p. 114).

¹²⁰ Cfr. Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ma. edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 27. Evidentemente, a pesar de la afirmación tan tajante, es improbable que Hesse haya pretendido desconocer la viabilidad de la interpretación abstracta de la Constitución; ocurre tan solo que pretende enfatizar la superioridad cualitativa de la interpretación constitucional en clave subjetiva, es decir, aquella en la que se encuentran vinculados hechos concretos.

¹²¹ Cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 122.

trataba de una ley expropiatoria, y a quienes se negaba audiencia era a representantes del grupo económico expropiado¹²². Por otra parte, cuando se solicitó al Tribunal Constitucional peruano que declarase la inconstitucionalidad de la ley que regulaba el impuesto a las transacciones financieras (ITF), por resultar supuestamente confiscatorio, el referido Tribunal debió reconocer que no tenía posibilidad de llevar a cabo un pleno juicio de validez sobre la ley, debido a que, si bien en el plano abstracto consideraba constitucionales tanto la base imponible, la materia imponible, como la alícuota fijadas en la norma, no podía descartarse que aun así la ley generara un efecto confiscatorio en determinadas personas, en atención a su reducida capacidad económica, aspecto que, desde luego, no podía ser analizado en un proceso de inconstitucionalidad. Siendo ello así, a pesar de que la demanda fue desestimada en este aspecto, el Tribunal se vio obligado a precisar en el fallo que «los jueces ordinarios mant[enían] expedita la facultad de inaplicar el ITF en los casos específicos que puedan ser sometidos a su conocimiento, si fuera acreditado el efecto confiscatorio del impuesto a la luz de la capacidad económica de los sujetos afectados»¹²³. ¿Significaba esto que la ley era válida, pero eventualmente inaplicable? ¿Cómo puede comprenderse que una disposición pueda resultar inaplicada, a pesar de haberse rechazado una demanda de inconstitucionalidad en su contra? ¿No es cierto acaso que los jueces ordinarios están obligados a aplicar una ley que ha superado el juicio de validez realizado por el Tribunal Constitucional?¹²⁴. Son éstas las paradojas y perplejidades que se presentan merced a la existencia de procesos en los que la validez de las normas debe ser apreciada al margen de la consideración de litigios concretos.

Pues bien, expuestas así las cosas, cabe afirmar que el fenómeno de la derrotabilidad jurídica está más cercano a la aplicabilidad o inaplicabilidad concreta de las disposiciones, que a su validez o invalidez abstracta. Quizá la razón más evidente

¹²² Cfr. Autos del Tribunal Constitucional español 181/1986, F. J. 3; 46/1987, F. J. 2. Como se sabe, con posterioridad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), consideró este razonamiento contrario al derecho fundamental al proceso equitativo y a la igualdad procesal, reconocido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cfr. Caso Ruiz Mateos vs. España. Sentencia del 23 de junio de 1993). En concreto, el TEDH, señaló lo siguiente: «seguramente los procedimientos constitucionales presentan características propias que tienen presente la especificidad de la norma a aplicar y la importancia de la decisión a adoptar para todo el sistema jurídico vigente (...). Sin embargo, puede suceder que afecten, como en el presente caso, a una ley que concierne a un círculo restringido de personas. Si en tal caso la cuestión de constitucionalidad de la ley es deferida al Tribunal Constitucional en el marco de un procedimiento relativo a un derecho de carácter civil y en el cual son partes personas de este círculo, en principio es preciso garantizarles un libre acceso a las observaciones de las demás partes y una verdadera posibilidad de comentarlas» (párrafo 63).

¹²³ Cfr. STC peruano 0004-2004-PI; 0011-2004-PI; 0012-2004-PI; 0013-2004-PI, 0014-2004-PI; 0015-2004-PI; 0016-2004-PI; 0027-2004-PI (expedientes acumulados), punto 2 de la parte resolutive.

¹²⁴ Por lo demás, esto tiene reconocimiento expreso en el ordenamiento jurídico peruano: «Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad...» (Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional –Ley N.º 28237–).

para sostener ello reside en que, cuando menos bajo el concepto de derrotabilidad jurídica que aquí se maneja, una norma derrotable no es una norma inválida, puesto que no es una norma incompatible con normas supraordenadas ni por la forma ni por el fondo. De hecho, una norma derrotable suele ser una norma cuya aplicación textual la mayoría de veces resulta válida. No obstante, se trata de una norma que por imperio de la moral jurídica fundamental es posible que deba inaplicarse a ciertos casos individuales subsumibles en su caso genérico.

Cierto es que muchas excepciones que de esa moral derivan, no solo pueden ser determinadas en un análisis concreto, sino también en una confrontación abstracta de disposiciones. Excepciones que, por lo demás, en muchos casos no emanan de la literalidad aislada de las disposiciones confrontadas, sino de su estudio en conjunción o en sistemática con otras disposiciones del ordenamiento (usualmente, de superior jerarquía). De hecho, esto es lo que muchas veces ocurre cuando un Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso de inconstitucionalidad, declara la inconstitucionalidad de una disposición por su incompatibilidad con una disposición de la Constitución, entendidas según la interpretación que el propio Tribunal les ha atribuido y que no necesariamente deriva del estudio gramatical de su formulación, sino de un sentido implícito que solo ha podido explicitarse utilizando un método de interpretación alternativo. Sucede, no obstante, que, siendo esto cierto, la probabilidad de que se haya tratado de un análisis incompleto es alta, toda vez que no se ha tenido presente ninguna consideración fáctica. Dicho de otra forma, la posibilidad de que haya podido existir algún sentido constitucional conforme al cual aplicar la disposición, o, quizá, algunas razones adicionales por las cuales considerarla inválida, estará siempre presente, en la medida de que la dinamicidad de su contenido normativo ha quedado seriamente limitada al no haber estado inmersa en el juicio la valoración de hechos. La derrotabilidad pues, al igual que la inaplicabilidad, no es objetiva y general, sino subjetiva e concreta.

En segundo lugar, se afirma que la derrotabilidad normativa está más cercana al fenómeno de la inaplicabilidad que de la invalidez porque, como quedó expuesto, la derrotabilidad de una disposición, en el sentido estricto que aquí se utiliza, solo puede ser apreciada durante el análisis de una específica controversia. Una de las razones por las que se afirma que las excepciones que condicionan la aplicación de una disposición son implícitas y no explícitas, es porque ellas no emanan del análisis lógico de los textos jurídicos, sino de la moralidad en ellos reconocida (una moral juridificada), una vez conocidas las particularidades fácticas del asunto a valorar.

Cierto es que muchas excepciones que de esa moral derivan, no solo pueden ser determinadas en un análisis concreto, sino también en una confrontación abstracta de disposiciones. Excepciones que no emanan de la literalidad aislada de las disposiciones confrontadas. De hecho eso en lo que ocurre cuando los tribunales constitucionales desestiman una demanda de inconstitucional porque la disposición enjuiciada es en abstracto válida (hay cuando menos una manera constitucional de interpretarla), pero declara la inconstitucionalidad de algunos de sus sentidos interpretativos. Bien entendidas las cosas, lo que el Tribunal Constitucional está señalando en esos casos es que la disposición tiene maneras constitucionales de aplicarse (las que derivan de los sentidos interpretativos conformes con la Constitución), pero también otras que no lo son (las que derivan de los sentidos interpretativos no acordes con la Norma Fundamental)¹²⁵.

Sucede, no obstante, que, siendo esto cierto, la probabilidad de que se haya tratado de un análisis incompleto es alta, toda vez que un hecho que sobrevenga puede permitir apreciar al órgano jurisdiccional que hay uno o más sentidos interpretativos que no fueron considerados. Dicho de otra forma, la posibilidad de que haya podido existir algún sentido constitucional adicional conforme al cual aplicar la disposición, o, quizá, algunas nuevas interpretaciones que determinarían su inaplicación, estará siempre presente, en la medida de que la dinamicidad de su contenido normativo ha quedado seriamente limitada al no haber estado inmersa en el juicio la valoración de hechos. La derrotabilidad pues, al igual que la inaplicabilidad, no es objetiva y general, sino subjetiva e concreta.

En tercer lugar, la derrotabilidad jurídica se aleja en cierto grado del concepto de validez, en la medida de que mientras ésta tiene una esencial relación con el concepto de jerarquía normativa, no es este el caso de la derrotabilidad de los enunciados jurídicos. En efecto, según quedó expuesto, una norma es inválida en tanto y en cuanto incurra en un vicio de forma o de fondo, asumiendo como parámetro de dicha determinación las disposiciones jerárquicamente superiores o supraordenadas. A diferencia de ello, la derrotabilidad de una disposición no necesariamente viene determinada por su incompatibilidad con el contenido normativo de una disposición superior, sino por la inferioridad del peso de las razones que derivan de su fuerza normativa en el caso, frente al peso que deriva de otra disposición no necesariamente

¹²⁵ La doctrina que se ocupa de las denominadas sentencias interpretativas de los tribunales constitucionales es realmente numerosa, pero para tener una idea bastante completa del fenómeno en España, puede revisarse el trabajo de J. Díaz Revorio, *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2003; en Italia, cfr. De la Vega, M. *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003; y en Colombia, cfr. Sánchez, A., *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.

supraordenada. Es del todo posible que la derrota o desplazamiento de la norma, sea consecuencia de las razones aportadas al caso por una disposición de su mismo rango, lo que, desde luego, no da lugar a la invalidez de la disposición derrotada, sino a su simple inaplicación. Es por ello que es imposible descartar que la norma derrotada sea de rango constitucional.

En cierta forma, incluso pueden existir supuestos en los que la derrotabilidad de una disposición, viene determinada por la configuración normativa que adquiere otra disposición de igual rango interpretada de conformidad con el contenido normativo de una disposición inferior. En efecto, no son extraños los supuestos en los que, por ejemplo, el contenido de ciertas cláusulas constitucionales se clarifica tras la concretización de su enunciado realizado a través de la ley. En estos casos, se realiza un juicio de conformidad en un doble sentido: en primer término, el órgano competente debe comprobar la validez constitucional de la ley concretizadora, para luego determinar el contenido de la disposición constitucional de conformidad con el desarrollo normativo realizado por la referida ley. Se trata de los supuestos en los que se verifica lo que Hesse denominó «principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley» (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*)¹²⁶, y que, desde luego, puede presentarse también en otros niveles del ordenamiento. Bien puede suceder entonces que el factor determinante de la derrotabilidad de una disposición constitucional proceda del contenido de una ley que, a su vez, concretiza el contenido de otra disposición constitucional y le asigna el peso que la hace aplicable en un caso concreto.

5. Relaciones entre los conceptos de derrotabilidad jurídica y antinomias especiales.

Para que la derrotabilidad de una norma jurídica se produzca es precisa la presencia previa de un conflicto o incompatibilidad normativa. En tal medida, podría considerarse que la derrotabilidad normativa presupone simplemente el fenómeno que es conocido con el nombre de antinomia, esto es, el supuesto en el que dos o más normas del ordenamiento atribuyen a un mismo caso soluciones jurídicas incompatibles entre sí (incoherencia deóntica). A continuación se defenderá la idea de que si bien, en efecto, la derrotabilidad de una norma obedece a la detección de una antinomia jurídica, no se trata de una antinomia tradicional, sino de carácter *sui generis* o especial.

¹²⁶ Cfr. Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57.

Clásicamente se ha entendido que para que una antinomia se presente, las normas deben compartir, total o parcialmente, un mismo ámbito de validez material, personal, espacial y temporal¹²⁷. En tal sentido, en atención al específico ámbito en el que tiene lugar la incompatibilidad normativa, las antinomias pueden ser, siguiendo a A. Ross¹²⁸, a) *total-total*, cuando ambas normas comparten por completo su ámbito de validez; b) *total-parcial*, cuando el ámbito de validez de una de las normas se haya comprendido por completo en el ámbito de validez de la otra, pero ésta goza de un ámbito adicional de validez; y, c) *parcial-parcial*, cuando teniendo ambas normas un específico ámbito de validez en el que se presenta el conflicto, tienen, a su vez, un ámbito adicional en el que no se presenta superposición de ningún tipo.

Es claro que las antinomias no se producen a nivel de los textos jurídicos, sino solo una vez que éstos han sido objeto de interpretación. Es decir, se produce entre los significados atribuidos a los textos jurídicos¹²⁹. Por su parte, los criterios para resolverlas son clásicamente tres: a) el criterio jerárquico, conforme al cual una norma superior invalida una norma inferior que comparta su ámbito de validez; b) el criterio cronológico, en virtud del cual una norma posterior deroga una norma anterior; y, c) el criterio de especialidad, conforme al cual una norma especializada en una materia, exceptúa la aplicación de otra norma que se ocupa de la misma materia, pero de modo más general¹³⁰.

¹²⁷ Se habla aquí de «ámbito de validez» y no de «ámbito de aplicación», pues como se verá más adelante, las antinomias aquí tratadas tienen lugar en un análisis abstracto del ordenamiento.

¹²⁸ Cfr. Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, 3ra. edición, traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 2005, p. 164 y ss.

¹²⁹ Más adelante (cfr. apartado 6.1 del capítulo 4) se incidirá sobre la diferenciación entre los conceptos de «disposición» y «norma» a que esta consideración da lugar. No obstante, cabe ahora señalar que toda antinomia entre los contenidos normativos de las disposiciones, incluso las que son total-parcial o parcial-parcial, se presentan como una antinomia total-total en el plano de los sentidos interpretativos en conflicto, pues se tratará de sentidos interpretativos coextensivos en su ámbito de validez (cfr. Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 274 y ss.).

¹³⁰ Cfr. Iturralde, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 100 y ss.

A estos tres criterios cabría agregar otros dos que no gozan de demasiada difusión. Se trata de los criterios de competencia y de prevalencia, ambos de singular importancia en los Estados federales, regionalizados o descentralizados. El primero alude a los supuestos en los que la contradicción se presenta como consecuencia de la regulación por parte de una norma de una materia que ha sido reservada a otra. Dado que en estos casos la reserva competencial o la autoridad para establecerla necesariamente viene determinada por una tercera norma de superior rango, los problemas de diferendo competencial pueden ser reconducidos a un problema de infracción del principio de jerarquía normativa. Por su parte, el criterio de prevalencia es de utilidad cuando el conflicto se presenta entre dos normas que no guardan una relación de jerarquía y que resultan competentes concurrentemente en la regulación de una materia. En estos casos, de conformidad con el criterio en cuestión, la antinomia se resuelve concediendo validez a aquella norma a la que el ordenamiento otorga prevalencia. Así, por ejemplo, el artículo 31º de la Ley Fundamental de Bonn, dispone que el Derecho federal «tiene prioridad sobre el Derecho de los Estados federados»; mientras que el artículo 149º 3 de la Constitución española dispone que las normas del Estado «prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas» (Sobre los criterios de competencia y prevalencia, cfr. Ruíz, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2002, pp. 86 – 89).

Ciertamente, la manera de resolver las contradicciones jurídicas mediante estos criterios no deja de ser compleja¹³¹, pero se caracteriza por poder brindar (o, por lo menos, pretender brindar) salidas al problema desde un punto de vista abstracto, y por ende, general. Es decir, tomando en cuenta los casos genéricos descritos en las disposiciones y sus propiedades relevantes. Se trata, si se quiere, de antinomias *predecibles*, pues con solo advertir la superposición parcial o total de los ámbitos normativos de dos disposiciones, se podrá concluir que en determinados casos individuales (superposición parcial) o en todos los casos (superposición total) la aplicación de uno coincidirá con la del otro, y la contradicción tendrá lugar. Si una disposición constitucional establece que «Toda persona tiene derecho a la vida», y otra del mismo cuerpo normativo, y que entró en vigencia en la misma fecha, dispone que «La comisión del delito A, será sancionada con la pena de muerte», entonces puede predecirse que cuando coincida su ámbito de alcance, es decir, cuando se condene a una persona por la comisión del delito A, la segunda resultará aplicable por regular la materia de modo especial. De esta manera, y en términos generales, si hay lugar a la dilucidación del asunto a través de alguno de los tres criterios, es porque «[p]odemos constatar la antinomia y adelantar su solución sin necesidad de hallarnos en presencia de un caso concreto»¹³².

No obstante, existen determinadas contradicciones entre enunciados jurídicos que no pueden ser advertidas *ex ante facto* y en las que los criterios de solución referidos pueden resultar manifiestamente inútiles¹³³. Imagínese dos disposiciones no sucedáneas en el tiempo y del mismo rango, que establecen, la primera, el deber de honrar las deudas, y la segunda, el de indemnizar los daños causados. Entre ellas, en principio, no existe contradicción alguna, ni siquiera de especialidad, pues ninguna se aprecia como más especial que la otra. Ello, sin embargo, no es óbice para que en la práctica puedan ser mutuamente excluyentes, pues bien puede suceder que pagar una deuda impida indemnizar un daño o viceversa. Se trata pues de contradicciones que solo cabe apreciar presentado el caso individual.

La distinción entre las antinomias *tradicionales* y éstas últimas que bien podrían ser calificadas como *especiales*, llevó a Bobbio a considerar que las primeras eran tan solo antinomias *aparentes* o *solubles*, puesto que podían ser dirimidas mediante el uso de los criterios convencionales intrasistémicos, mientras que solo las segundas se

¹³¹ Esta complejidad ha sido nítidamente advertida y desarrollada por Bobbio (cfr. Bobbio, N., «Sobre los criterios para resolver las antinomias», en: A. Ruiz Miguel (editor), *Contribución a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, p. 339 y ss.).

¹³² Cfr. Prieto, L., «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación constitucional», en: *Cuadernos del Derecho Público*, N.º 11, Septiembre – Diciembre 2000, p. 12.

¹³³ Sobre la insuficiencia de los métodos tradicionales para la resolución de antinomias, cfr. Ruíz, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, ob. cit., pp. 96 – 101.

trataban de antinomias *reales* o *insolubles*, puesto que el sistema no dispensaba para ellas un método objetivo y preconstituido de solución¹³⁴, siendo casos en los cuales «el intérprete queda abandonado a sí mismo»¹³⁵. Similares consideraciones han llevado a Guastini a calificar a las primeras como antinomias *en abstracto* y a las segundas como antinomias *contingentes* o *en concreto*¹³⁶.

Prieto ha considerado que una antinomia en abstracto o tradicional bien puede convertirse en una antinomia en concreto o especial, debido a que es muy común que disposiciones infraconstitucionales que en abstracto se oponen a alguna disposición constitucional encuentren directo respaldo interpretativo en otra disposición constitucional. Para ello se vale del ejemplo de la disposición legal que permite al juez el dictado de la prisión preventiva cumplidas ciertas condiciones. En abstracto, se trata de una regla legal que se opone a la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental a la libertad personal, pero que, a su vez, encuentra respaldo en la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental al debido proceso. Así, a pesar de la antinomia abstracta entre la permisón de la prisión preventiva y la libertad personal, y a pesar de la distinta jerarquía de las disposiciones que las regulan, la primera no es inconstitucional, puesto que, a juicio de Prieto, el asunto queda convertido en una antinomia concreta entre la libertad personal y el debido proceso¹³⁷.

Puede convenirse con Prieto en que la norma legal que regula la prisión preventiva no es inconstitucional, pues encuentra respaldo en el derecho al debido proceso. No obstante, no se comparte la tesis de que en su ejemplo una aparente antinomia abstracta se ha convertido en concreta. Lo que ha sucedido es que, tras un ejercicio ponderativo entre la libertad personal y el debido proceso, se ha concluido que cumplidas las condiciones que el legislador ha previsto para el dictado de la

¹³⁴ Cfr. Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Themis, Santa Fe de Bogotá, 1997. pp.191-196. Cabe agregar que para Bobbio también son *insolubles* las denominadas antinomias *de segundo grado*, esto es aquéllas en las que la aplicación de los criterios convencionales llevan, individualmente considerados, a soluciones incompatibles. M. Gascón, sin embargo, prefiere considerar que las únicas antinomias aparentes son aquéllas que pueden ser resueltas apelando al principio de jerarquía, mientras que otras, incluyendo aquéllas que aceptan una solución en uso de los criterios cronológico y de especialidad, pueden ser consideradas antinomias reales (cfr. Gascón, M., «La coherencia del ordenamiento jurídico. El problema de las antinomias», en: J. Betegón (*et al.*), *Lecciones de teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 271 y ss.). Y un similar criterio parece defender M. Ruíz (cfr. Ruíz, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, ob. cit., p. 79 y ss.). No obstante, dado que tanto los conflictos jerárquicos como los cronológicos y de especialidad, encuentran solución preestablecida por el sistema (por más complejo que pueda ser en la práctica su hallazgo), la distinción de Bobbio parece más atinada.

¹³⁵ Cfr. Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, ob. cit., p. 191. Empero, que un caso no se pueda resolver a través de un método objetivo dispensado por el Derecho y que el intérprete quede abandonado a sí mismo (es decir, debiendo resolver el asunto sin ningún respaldo jurídico), no parecen ser sinónimos.

¹³⁶ Cfr. Guastini, R., «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», en: *Jueces para la Democracia*, N.º 34, Marzo, 1999, p. 39 y ss. Por su parte, K. Günther hace la correspondiente distinción entre antinomias *internas* o *propias del discurso de validez* y antinomias *externas* o *propias del discurso de aplicación* (cfr. Günther, K., «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», traducción de J.C. Velasco, en: *Doxa* 17 - 18, 1995, p. 283).

¹³⁷ Cfr. Prieto, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005, p. 145.

prisión preventiva, *siempre* queda constitucionalmente permitido su dictado, exceptuando el ejercicio del derecho a la libertad personal.

En definitiva, lo que el ejemplo del autor español demuestra es que una antinomia abstracta que bajo el principio jerárquico aparentemente debía resolverse a favor de la libertad personal, una vez que se atiende también al contenido normativo del debido proceso, el principio de especialidad lleva a resolver el asunto a favor de la permisión de la prisión preventiva. Dado que cumplidas las condiciones legales para su dictado esta *siempre* quedará permitida, exceptuando la aplicación del derecho a la libertad personal, a diferencia de lo que piensa Prieto, la antinomia no ha dejado de ser abstracta.

Puede corroborarse ello con otro ejemplo. La Constitución peruana establece en su artículo 2º, inciso 1, que el concebido «es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece». Sin embargo, el aborto se encuentra penalmente autorizado, en lo que ahora interesa, «cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante» (artículo 119º del Código Penal). Si se aplicara el criterio jerárquico, la disposición legal debería considerarse inválida. No obstante, ella es una instancia de concreción de la protección del derecho fundamental a la vida de la madre, también protegida por la Constitución. Afirmar que en las circunstancias que motivan un aborto terapéutico, el derecho a la vida de la madre tiene mayor peso que el derecho a la vida del concebido, y que, por consiguiente, en tales casos, corresponde a ella adoptar la decisión sobre la interrupción o no del embarazo, resulta en abstracto jurídicamente racional. Por ende, corresponde interpretar en abstracto, bajo el criterio de especialidad, que *siempre* que se presenten las circunstancias que motivan un aborto terapéutico, se exceptúa el efecto jurídico del derecho a la vida de concebido, y corresponde a la madre tomar la decisión.

Por lo demás, acaso la mejor prueba de que en ninguno de los dos ejemplos narrados se presenta una antinomia especial, es que una de sus características es que esta surge como consecuencia de un caso concreto, y en ninguno de los ejemplos el razonamiento ha dejado de desenvolverse en un análisis abstracto del sistema jurídico.

Pues bien, teniendo en cuenta lo que se ha señalado en este apartado, puede concluirse que la derrotabilidad jurídica no se desenvuelve en la problemática de las antinomias tradicionales, aparentes, internas, solubles, en abstracto o del discurso de la validez, sino en el ámbito de las antinomias especiales, reales, externas, insolubles, en concreto o del discurso de la aplicación.

En la resolución de una antinomia abstracta, más allá de la dificultad que ella lleve aparejada, lo que se busca es una conclusión definitiva y general (*erga omnes*).

Se pretende que en una de las normas confrontadas, lo que antes era asumido como un ámbito de validez, sea ahora, de una vez y para siempre, reconocido como un ámbito de invalidez¹³⁸. *Contrario sensu*, las antinomias concretas, solo pueden restar ámbitos de aplicación a la disposición, pero nunca ámbitos de validez, pues su pertenencia al sistema se mantendrá incólume, sin perjuicio de que su aplicación al caso haya sido derrotada. Derrota que, por cierto, habrá surgido de la valoración y, consecuentemente, de la intervención de un cierto juicio moral dimanado del Derecho, lo que no necesariamente ocurre en la esfera de las antinomias abstractas.

Resulta evidente que expuestas así las cosas el catálogo de disposiciones *iusfundamentales* recogidas en las constituciones modernas es un escenario ideal de potenciales antinomias concretas, en las que no será posible abrigar soluciones absolutas, sino una secuencia de preferencias prácticas condicionadas por el caso¹³⁹. Se podría decir que dado de que en cada controversia específica algún principio *iusfundamental* deberá primar o prevalecer sobre otro, entre ellos existe una jerarquía práctica. Pero, en todo caso, como bien se ha señalado, se tratará, además, de una «jerarquía móvil»¹⁴⁰.

La estrecha relación entre las denominadas antinomias reales, en concreto o especiales, y la derrotabilidad jurídica, resulta pues patente.

Así pues, en atención a cuanto se ha expuesto, es posible enumerar de la siguiente forma las características de la derrotabilidad de las normas jurídicas que se postula en este estudio:

- a) La derrotabilidad jurídica no se relaciona con el discurso teórico o abstracto de la validez o invalidez normativas. Si una norma tiene un contenido en abstracto compatible con la moral fundamental legalizada, entonces es válida, a pesar de que puede ser derrotable. Si dos normas en abstracto son antinómicas, entonces la de mayor jerarquía, posterior en el tiempo o más especial prevalece, a pesar de lo cual puede ser derrotable.
- b) La derrotabilidad jurídica se relaciona con el discurso práctico o concreto de la aplicabilidad o inaplicabilidad normativas. Una norma derrotable es aquella que, por determinadas razones, debe inaplicarse a un caso subsumible en ella, sin que por ello deje de ser aplicable a otros casos también subsumibles, es decir, sin que haya perdido validez.

¹³⁸ Aunque cuando el criterio que ha dirimido la disputa ha sido el cronológico es más adecuado afirmar que lo que decae no es un ámbito de validez, sino de vigencia (cfr. Gascón, M., «La coherencia del ordenamiento. El problema de las antinomias», ob. cit., p. 271 y ss.).

¹³⁹ D. Martínez también ha llamado la atención sobre la impertinencia de los criterios tradicionales de resolución de antinomias para afrontar los conflictos de nivel constitucional (cfr. Martínez, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 153 – 154).

¹⁴⁰ Cfr. Guastini, R., «Los principios en el Derecho positivo», en: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 2000, p. 170.

- c) Las razones por las que debe producirse dicha inaplicación se mantienen implícitas en el sistema jurídico mientras el caso no se presente y sean expresamente declaradas por el intérprete del Derecho. Por ello puede decirse, de un lado, que es imposible anticipar en abstracto la totalidad de los casos individuales a los que es aplicable una norma jurídica, y de otro, que la derrotabilidad jurídica guarda una relación estrecha con las denominadas antinomias concretas.
- d) Las aludidas razones que determinan la inaplicación de una norma derrotable son de carácter moral y deben provenir de la moral fundamental legalizada.
- e) La argumentación jurídica es la vía a través de la cual una norma jurídica resulta finalmente derrotada.

Se acaba de afirmar que las razones que generan la derrotabilidad jurídica deben provenir de la moral jurídico positiva. Es momento de profundizar en esta causa de la derrotabilidad abordando las relaciones entre el Derecho y la moral. En particular, en el caso del Estado Constitucional, la moral legalizada tiene a la dignidad humana como fin supremo y su defensa es la principal causa de la derrotabilidad normativa. Ello exige un desarrollo del sentido de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. De estas materias y otras vinculadas se ocupa el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 2: DIGNIDAD HUMANA Y CAUSAS DE LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

En el primer capítulo se ha sostenido que en un sistema jurídico en el que sus operadores institucionalizados se encuentran comprometidos con la moral fundamental legalizada, esta es generadora de la derrotabilidad de las normas jurídicas.

Que todo sistema jurídico contenga una moral fundamental se debe quizá a que, tal como refiere R. Smend, de manera consciente o inconsciente, «[e]l concepto y la imagen del [ser humano] (...) que posee una época determinada es uno de los requisitos lógicos del Derecho de la época. De tal manera que el Derecho positivo resulta incomprensible si no se tiene en cuenta esa condición que supone la imagen antropológica del [ser humano]»¹⁴¹.

Desde la perspectiva de este estudio, la defensa de la dignidad humana es el valor supremo de una moral ideal. Dado que dicho valor supremo es el que a su vez se encuentra incorporado como tal en el Derecho de los Estados Constitucionales presidiendo sus normas fundamentales, se considera que en ellos el operador jurídico *debe* asumir que, en la medida que se presenten ciertas condiciones, de dicho cuadro material derivan excepciones implícitas a la aplicación de las normas. Así, asumir prescriptivamente la derrotabilidad de las normas jurídicas deriva de tomarse en serio la fuerza jurídica de la dignidad de todos los seres humanos¹⁴².

Siendo ello así, en este capítulo hay tres cuestiones que resulta fundamental desarrollar para profundizar en estas ideas. En primer lugar, deben analizarse las relaciones entre el Derecho y la moral, tanto formal como sustantiva (apartado 1). En segundo término, debe desarrollarse un sentido más o menos profundo de lo que aquí se entiende por dignidad humana (apartado 2). Y, finalmente, corresponde concentrarse en los derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad

¹⁴¹ Cfr. Smend, R., «Ciudadano y burgués en el Derecho político alemán», en: *Constitución y Derecho Constitucional*, traducción de J. M. Beneyto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 251.

¹⁴² El constitucionalismo parece exigir abandonar la idea del juez neutro, cuando menos, si por neutralidad se entiende la ausencia de compromiso con los valores del Estado Constitucional, y, singularmente, con la defensa de la dignidad de la persona humana. Tal como sostiene M. C. Barranco, «en el marco de esa forma de organización política que llamamos Estado constitucional la neutralidad del juez constitucional no puede ser ya entendida como ausencia de juicios de valor en su decisión. Esto es, no puede significar ausencia de compromiso por su parte. Y es que precisamente la función de los órganos de control es asegurarse de que también los poderes públicos, Parlamento incluido, respetan y realizan los valores constitucionales» (cfr. Barranco, M. C., «Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º XXVIII, 2012, p. 20).

(apartado 3) y como causas de la derrotabilidad jurídica en el marco de los Estados Constitucionales (apartado 4).

1. El concepto de Derecho y su vinculación con la moral.

Tal como señalara H. L. A. Hart hace algunos años, pocas interrogantes han sido respondidas de manera tan diversa, e incluso paradójica, como aquella orientada a pretender disipar las dudas acerca de qué es el Derecho¹⁴³. Es probable que la pregunta nunca pueda ser respondida de modo plenamente satisfactorio, no solo por las distintas concepciones desde la que puede ser enfocada, sino también porque las diversas aristas que encuentran punto de fusión en el concepto de Derecho son de tal bastedad y complejidad que cualquier esfuerzo orientado a su estudio global estaría anticipadamente condenado a una forzada simplicidad, a la que acompañaría una importante dosis de frustración por el avocamiento a una tarea eternamente inconclusa.

Por ello, planteada la pregunta, es menester introducir respuestas que se ocupen fragmentariamente del asunto, aunque procurando describir, cuando menos, un punto irreductible del concepto. De ahí que exista cierto consenso en describir al Derecho como un instrumento racional de control social. En efecto, si de algo podemos estar seguros, es de que el Derecho se encuentra orientado a disciplinar la conducta humana en sociedad, en procura de alcanzar un cierto orden. Pero incluso esta somera descripción no deja de presentar dificultades, pues pronto se interrogará a propósito de esa «racionalidad» que supuestamente se encuentra incorporada en el concepto. ¿De qué racionalidad se trata?

Resulta claro que vista la sustancia teleológica del Derecho en la búsqueda de alcanzar un determinado orden, aquel presenta, cuando menos, una racionalidad formal compuesta por una serie de elementos que aseguran una determinada adecuación de medios a fines, y que ha sido identificada en su momento como la *moral interna del Derecho*¹⁴⁴. En el primer capítulo se ha adelantado mención a algunos de esos elementos, pero vistos omnicomprendivamente ellos postulan que las normas jurídicas deben ser generales, públicas, no retroactivas, claras, carentes de contradicción, estables, congruentes con su aplicación y no deben exigir comportamientos imposibles. De esta forma, la conexión entre la existencia de un

¹⁴³ Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit. p. 1.

¹⁴⁴ L. Fuller, entendiendo que el Derecho tiene por función «sujetar la conducta humana al gobierno de las reglas», identifica «ocho clases de excelencia legal a las cuales debe tender todo sistema de derecho» para cumplir dicha función (cfr. Fuller, L., *La moral en el Derecho*, ob. cit., p. 51 y ss.). Un interesante estudio sobre el pensamiento de Fuller puede verse en Escudero, R., *Positismo jurídico y moral interna del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

sistema jurídico y la incorporación de estos elementos, daría lugar, a su vez, a una conexión necesaria entre el Derecho y una moralidad de carácter institucional. Este dato lleva por ejemplo a Raz a considerar que, desde este enfoque, la relación entre Derecho y moral es más que contingente¹⁴⁵.

Desde otra perspectiva, sin embargo, la existencia de estos elementos en la configuración del Derecho¹⁴⁶ no queda justificada por su supuesto carácter moral, sino, sencillamente, porque sin ellos difícilmente podría hablarse del Derecho como un instrumento «racional» de control social apoyado en el Poder¹⁴⁷. En palabras de R. de Asís, y haciendo alusión a un conocido ejemplo kelseniano, «sin esos componentes, realmente no habría forma de diferenciar entre el Derecho y los mandatos de una banda de ladrones»¹⁴⁸.

Sin embargo, aún si fuese acertado entender que la racionalidad formal definitoria del Derecho no tiene por qué ser asumida en clave moral¹⁴⁹, y que, en esa medida, el positivismo jurídico en su vertiente metodológica acierte cuando afirma que no existe una relación necesaria entre Derecho y moral, es preciso señalar que esta afirmación debe ser matizada una vez que se pasa del análisis de la racionalidad formal a la racionalidad sustantiva. En efecto, resulta evidente que la racionalidad formal es distinta de la racionalidad material, pues aquella no nos responde acerca del contenido que deben observar los medios y los fines perseguidos por un específico ordenamiento jurídico.

¹⁴⁵ Cfr. Raz, J., «About morality and the nature of law», en: *The American Journal of Jurisprudence*, N.º 48, 2003, pp. 10 – 13.

¹⁴⁶ O la de algunos de ellos. Y es que no parece existir consenso en el hecho de que todos los elementos propuestos por Fuller sean necesarios para la existencia de un sistema jurídico. Así por ejemplo, Peces-Barba sostiene que «la falta de alguno de los requisitos de la moral interna no vacía de contenido jurídico a un sistema, aunque lo convierta en un sistema peor. Basta una voluntad de un soberano que establece mandatos apoyados en la fuerza para que se pueda hablar de sistema jurídico, aunque no sea un sistema perfecto, y no tenga muchos de los criterios de la moral interna fullariana» (cfr. Prólogo al libro de R. Escudero, *Positivismo jurídico y moral interna del derecho*, ob. cit., p. 18). En lo que sí parece haber un cierto acuerdo es que en la *ratio* de los elementos planteados por Fuller subyacen exigencias formales sin las cuales no podría hablarse de la existencia de un sistema jurídico.

¹⁴⁷ Cfr. Asís, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson / Universidad de Jaén, Madrid, 1999, p. 47 y ss. También, García Manrique, R., «Acerca de la intrínseca moralidad del Derecho», en: *Derechos y Libertades*, N.º 10, 2001, p. 207 y ss. Esta es la razón además por la que Hart en lugar de moral interna del Derecho, prefiere hablar de «principios de legalidad» (cfr. Hart, H. L. A., «Lon L. Fuller: The morality of law», en: H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 347).

¹⁴⁸ Cfr. Asís, R. de, «Sobre los rasgos de lo jurídico», en: AA. VV., *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Prof. Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 646.

¹⁴⁹ R. Escudero parece situarse entre quienes sí estiman que estos rasgos formales del Derecho revisten un carácter moral: «Si bien es cierto que no llega a alcanzar las cotas de garantía moral propuestas por Fuller, la moral interna del Derecho funciona (...) como una condición que hace posible la obediencia. En este punto, y no en otro, reside su relevancia moral. El respeto a los elementos de la moral interna del Derecho se convierte, entonces, en una condición de carácter racional, cuya concurrencia se estima necesaria para la obediencia de los sistemas jurídicos, pero sin llegar a ser un criterio de justificación moral del mismo» (cfr. Escudero, R., *Positivismo jurídico y moral interna del derecho*, ob. cit., pp. 544 – 545). Aclara luego que ello no supone negar la tesis de la separación necesaria entre Derecho y moral (p. 547), razón por la cual puede concluirse que para Escudero esta tesis solo hace referencia a la moral sustantiva, y en efecto, así parece ser.

No obstante, es igualmente claro que todo ordenamiento jurídico incorpora en mayor o menor grado a una particular moral sustantiva que condiciona el contenido de sus medios y de sus fines¹⁵⁰. Por ello Peces-Barba ha referido que «[t]odo Derecho es un punto de vista sobre la Justicia»¹⁵¹, y F. J. Ansuátegui que «[t]odo Derecho presenta una opción en relación con sus contenidos. En este sentido, no existe un Derecho “desmaterializado”»¹⁵². Es evidente, no obstante, que dicha moral material, puede ostentar una muy variada gama de manifestaciones dependiendo de la cultura, la ideología, etc.

En ese sentido, desde una perspectiva sustantiva, el clásico postulado del positivismo metodológico conforme al cual no existe una relación necesaria entre Derecho y moral, bien puede ser reformulado y afirmar que no existe una relación necesaria entre el Derecho y *una* moral, pero sí entre el Derecho y *alguna* moral¹⁵³, la cual, en todo caso, debe verse liberada de la moral crítica del observador al momento de reconocer la existencia de un determinado Derecho¹⁵⁴.

De esta forma, además de que el Derecho posee determinados rasgos estructurales e institucionales definitorios, tiene una relación *necesaria* con *alguna* moral sustantiva. La razón de esta afirmación es simple si se tiene en cuenta la relación existente entre Derecho y Poder. Tal como precisa Bobbio, las referencias al

¹⁵⁰ Ahora bien, lo que no parece posible a es que algún criterio moral en sí mismo, es decir, no como hecho institucionalizado sino *per se* por su contenido, pueda actuar como parámetro supremo de validez de las normas del sistema. No obstante, hay quienes sostienen que ello puede suceder contingentemente (cfr. Coleman, J., «On the relationship between law and morality», en: *Ratio Juris*, N.º 2, 1989, pp. 66 – 78). Si bien para algunos (incluyendo a Coleman) la posibilidad de la presencia de esta contingencia dará lugar a una suerte de positivismo débil, incorporacionista o incluyente, según quedó expuesto.

¹⁵¹ Cfr. Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales*, 3ra. edición, Latina, Madrid, 1980, p. 78.

¹⁵² Cfr. Prólogo al libro de M. C. Barranco, *Derechos y decisiones interpretativas*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 12.

¹⁵³ En tal sentido, De Asís lleva razón cuando afirma que para el positivismo, en estricto, entre Derecho y moral, antes que una separación conceptual, existe una «conexión aleatoria», en el sentido de que todo Derecho expresa una opción moral, pero no hay unos contenidos determinados de moralidad que necesariamente deban estar presentes en el Derecho para ser considerado como tal (cfr. Asís, R. de, «De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVII, 2000, pp. 215 - 230). En línea similar, sostiene Prieto que «[a]l parecer lo que ha de satisfacer todo Derecho es una cierta conexión con la moral, pero ésta puede ser cualquier moral» (cfr. Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México D. F., 1997, p. 75).

¹⁵⁴ Es cierto que la separación conceptual entre Derecho y moral postulada por el positivismo metodológico, puede ser entendida en más de un sentido (todos, en cierto modo, relacionados). En primer lugar, como se ha visto, puede ser entendida como apunte de que el Derecho es un producto de acciones humanas, de una práctica social desentumada en el marco de convenciones (tesis de las fuentes sociales). En segundo término, puede denotar que no hay que confundir el Derecho que es con el Derecho que *debería ser* (tesis de la no conexión identificatoria entre el Derecho y la moral). En tercer lugar, puede ser entendida en el sentido de que el teórico del Derecho es capaz de conocer y describir las prácticas sociales que constituyen el Derecho, sin que para ello tenga que adoptar la actitud de quienes tienen la competencia para llevarlas a cabo (tesis epistémica de la neutralidad) (cfr. Bayón, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», ob. cit., pp. 37 – 41). El modo en que aquí ha sido planteada la relación entre el Derecho y la moral no resulta incompatible con ninguna de estas tesis, pues afirmar que el Derecho sea producto de prácticas sociales no significa negar que ellas respondan a alguna moral; por otra parte, el hecho de que no deba confundirse el Derecho que es con el que *debería ser*, no significa que el Derecho que es no refleje alguna moral específica; y finalmente, ser capaz de describir una práctica social, no significa que esta se haya encontrado exenta de valoraciones.

Derecho y al Poder apuntan a la cara y la cruz de una misma moneda¹⁵⁵, pues ambos se encuentran en una relación de coordinación o integración¹⁵⁶. En efecto, así como el Derecho es creación originaria del Poder, una vez instituido el ordenamiento jurídico, el Poder se racionaliza (se juridifica) en el marco de lo establecido por el Derecho. Este fenómeno, que no deja de ser paradójico¹⁵⁷, se clarifica en cierta medida cuando se le analiza desde un punto de vista externo, de un lado, e interno, de otro¹⁵⁸.

Desde un punto de vista externo o *extra sistémico*, el ordenamiento surge de una situación fáctica identificada con su creación y respaldo por parte de un determinado Poder¹⁵⁹. El Poder aparece así como una voluntad o suma de voluntades constituyentes consensuadas, situadas en un espacio y tiempo determinados, e inequívocamente vinculadas a una cierta ideología o visión moral que usualmente, pero no necesariamente, suele ser la de la mayoría¹⁶⁰.

Desde un punto de vista interno, las normas jurídicas racionalizan la actuación del Poder imponiéndole una serie de límites, no solo de carácter formal, tales como el establecimiento de órganos competentes y procedimientos, sino también material¹⁶¹. Los límites materiales que condicionan el contenido de los medios y fines con los que el Derecho asegura su funcionamiento como instrumento de control social, responden a la ideología con la que se identificó el Poder Constituyente en el momento *pre sistémico*. Dicho de otra manera, en la medida de que todo Poder como hecho social, posee una cierta ideología (usualmente solo en su núcleo determinada), y en la medida de que el Derecho responde a una naturaleza teleológica en vista de que procura alcanzar determinados fines materiales, la ideología de hecho *extra sistémica*

¹⁵⁵ Cfr. Bobbio, N., «Del Poder al Derecho y viceversa», en: A. Ruíz Miguel (editor), *Contribución a la Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 356.

¹⁵⁶ Cfr. Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández y Á. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 327 y ss.

¹⁵⁷ Cfr. Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 53 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. Ansuátegui, F. J. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1997, pp. 47 – 50.

¹⁵⁹ Un «hecho fundante básico», diría Peces-Barba (cfr. *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 333 y ss.).

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, J. Dorado señala con acierto que mientras en Sudáfrica se encontraba institucionalizado el sistema del *Apartheid*, la moral social dominante no coincidía con la de la mayoría de la población, sino con la de una minoría que ostentaba el poder (cfr. Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 84, nota 209 *in fine*).

¹⁶¹ En palabras de G. Peces-Barba, «[d]esde el punto de vista interno, es el Derecho el que influye sobre el poder, a través de la regulación del uso de la fuerza que representa aquél. La moralidad pública es asumida por el poder político, que a su fuerza añade el consenso y la integración de esos valores, por lo que es un hecho institucionalizado, formado por un grupo de hombres que reciben el monopolio en el uso de la fuerza apoyado en valores (legitimidad del poder). Con el impulso de ese poder, la moralidad pública (valores morales) se realiza eficazmente a través del Derecho y limita y organiza el poder en Estado Social y Democrático (justicia del Derecho)» (cfr. Peces-Barba, G., «Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo», en: R. de Asís (et. al.), *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998, p. 307).

se proyecta en el ordenamiento jurídico a manera de un contenido sustantivo *intra sistémico* que limita al Poder materialmente.

Algunos autores han criticado la idea positivista acerca de la separación conceptual entre Derecho y moral, sosteniendo que desde el punto de vista del participante –es decir, de aquel que participa en una argumentación acerca de lo que un sistema jurídico prescribe– el Derecho no sería aplicado si no lo considerase justo, y la respuesta sobre dicha justicia no puede provenir del Derecho mismo, sino de la moral ideal. A esa consideración acerca de la justicia del Derecho que se aplica suele denominársele pretensión de corrección, y debe guiar la acción de buena parte de los servidores públicos, pues de lo contrario el Derecho no existiría.

Así, por ejemplo, E. Garzón sostiene lo siguiente: «Todo sistema jurídico existente (...) requiere como condición necesaria, aunque no suficiente, la adhesión a sus principios y normas por parte de las autoridades y funcionarios del sistema» y «[e]l criterio de esta corrección tendrá (...) que ser extrajurídico y estar colocado a un nivel tal que sirva como justificación última», motivo por el cual «entre derecho y moral existe una relación conceptual, es decir, el sistema jurídico no puede existir sin la pretensión de corrección moral de su regla de reconocimiento»¹⁶².

No se alcanza a comprender por qué este argumento genera una supuesta conexión entre el Derecho y una moral ideal. Lo único que el argumento muestra – cuestión que puede compartirse– es que existe una conexión conceptual entre el sistema jurídico y lo que los participantes (o la mayoría de ellos) *creen* que es una moral ideal. Tal como señala E. Bulygin, se puede concordar en que

«si x cree que una norma es moralmente obligatoria, esto significa que él cree que esa norma está éticamente justificada, esto es, que es correcta conforme a lo que él cree que es la moral ideal. (...). Pero ni la pretensión de la corrección moral de la regla de reconocimiento, ni la pretensión de legitimidad de las autoridades y funcionarios implican por sí la corrección moral o justificabilidad de las normas jurídicas que pertenecen a un orden jurídico positivo»¹⁶³.

Ahora bien, lo que sí parece claro es que si los operadores jurídicos (o una parte significativa de ellos) no comparten o se identifican con la moral legalizada

¹⁶² Cfr. Garzón, E. «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», ob. cit., pp. 141, 142 y 146, respectivamente, en relación con las citas del párrafo. R. Alexy sostiene algo análogo, aunque desde un enfoque alternativo (cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2da. edición, traducción de J. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 41 y ss.).

¹⁶³ Cfr. Bulygin, E., «¿Hay relación necesaria entre derecho y moral?», en: R. Vázquez (compilador), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ob. cit., pp. 222 – 223. La cursiva es del original. En el mismo sentido, Caracciolo, R., «El argumento de la creencia moral», en: *El Derecho desde la Filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147 – 161; también, cfr. Betegón, J., «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», en: *Doxa*, N.º 21, 1998, pp. 171 – 191.

fundamental, el sistema jurídico carecerá de eficacia y, por ende, de existencia. También parece ser cierto que el criterio último para la justificación moral de un sistema jurídico no debe provenir del propio sistema jurídico. Pero esta última afirmación requiere alguna precisión adicional.

Imagínese que un sistema jurídico tiene por moral legalizada fundamental el cuadro de valores (V). Atendiendo a cuanto se ha señalado, entender que los participantes se identifican con V es entender que lo encuentran compatible con un criterio moral último (CMU) externo al Derecho. Ahora bien, en la afirmación de que los participantes encuentran compatible V con CMU parece subyacer una *convención de coordinación*¹⁶⁴ que puede ser más o menos profunda dependiendo de qué tan explícito o no sea el acuerdo¹⁶⁵. Lo que parece difícil sostener, en todo caso, es que si esa convención existe CMU no pertenezca en definitiva al sistema jurídico como criterio último de validez¹⁶⁶.

Sobre lo que se está llamando la atención entonces es que cuando se afirma que el criterio último para la justificación moral de un sistema jurídico no debe provenir del propio sistema jurídico, no pretende afirmarse que, finalmente, *no pertenezca a él*, sino que se le considera correcto en sí mismo, *aun si no perteneciera él*.

Se insiste, eso sí, en que dicha corrección tendrá fundamento en una creencia compartida –fundada, a su vez, seguramente, en que el criterio ha demostrado una racionalidad intersubjetiva profunda–, mas no en algún factor objetivo¹⁶⁷. Debe precisarse, en todo caso, que se trata de una creencia compartida en un sentido mínimo, puesto que en estricto el sistema jurídico puede existir sobre la base de la *creencia en que se comparte la creencia*, aun cuando verdaderamente haya discrepancias más o menos relevantes sobre los alcances de la moralidad fundamental legalizada.

¹⁶⁴ Sobre el concepto y los alcances de una convención de coordinación, véase Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 99 y ss.

¹⁶⁵ Sobre convenciones profundas, véase Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, ob. cit., p. 139 y ss. El autor, por cierto, no rechaza la posibilidad de que existan convenciones de coordinación profundas (p. 157).

¹⁶⁶ Por supuesto que existe la tentación de sostener la asociación conceptual entre esa convención compleja y la regla de reconocimiento hartiana, pero desarrollar esa idea sería ciertamente difícil y escaparía a los propósitos de este estudio. En todo caso, baste señalar que mientras algunos autores han encontrado que la regla de reconocimiento satisface las condiciones de convencionalidad, pero encuentran difícil precisar de qué clase de convención se trata (cfr. Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, ob. cit., p. 159 y ss.), otros consideran que las nociones más interesantes de convención no se aplican a la regla de reconocimiento y cuando la tesis de la asociación conceptual se busca construir de modo más o menos plausible termina siendo trivial o vacía (cfr. Celano, B., «La regla de reconocimiento ¿es una convención?», en: *Derecho, justicia, razones*, ob. cit., pp. 61 – 76).

¹⁶⁷ Por cierto que Garzón se encuentra también en desacuerdo con el objetivismo moral, pues afirma que no considera que existan «criterios seguros para determinar la validez “objetiva” de los juicios morales» (cfr. «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», ob. cit., p. 151). Y por ello no termina de entenderse por qué se encuentra de acuerdo con una supuesta relación conceptual necesaria entre el Derecho y la moral ideal. Sostener esta relación no solo supone aceptar que es posible defender la existencia objetiva del Derecho, sino también la de la moral ideal.

Así, para que un sistema jurídico y su moral fundamental legalizada existan, es preciso, a su vez, que sus participantes crean en su justificación moral última, la cual, por derivación, pertenecerá explícita o implícitamente al Derecho. Y si es así, el participante pretenderá la adecuación de la aplicación de las normas jurídicas a dicha moralidad. Por ello, la derrotabilidad de las normas es una propiedad de todo sistema jurídico.

Desde luego, el hecho de que se afirme que todo Derecho tiene una relación necesaria con *alguna* creencia moral, no nos dice absolutamente nada en relación con el contenido concreto de esa moral. De hecho puede tratarse de una moral destinada a propósitos que para el pensamiento occidental actual serían vistos como manifiestamente inaceptables.

Empero, el devenir histórico, por vía de una serie de pasos que se remontan a los siglos XVII y XVIII, entre los que cabrían destacar las distintas conquistas jurídicas del pueblo inglés frente a la Monarquía primero y el Parlamento después –y que tiene al *Bill of Rights* de 1689 como una de sus principales manifestaciones–, la Constitución estadounidense de 1787, junto a sus primeras 10 enmiendas de 1789, y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, ha generado que las sociedades occidentales modernas se identifiquen con una concreta ideología, que es la que ha servido para dotar de contenido a la racionalidad de sus referidos ordenamientos jurídicos. Nos referimos a las manifestaciones de la dignidad humana denominadas «derechos humanos». Dos palabras que unidas tienen la paradójica virtualidad de resumir una diversidad de factores históricos, teóricos y prácticos, y, a la vez, abrir el escenario de otras tantas y difusas consideraciones del mismo tipo.

2. La dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales y fin supremo del Estado Constitucional.

En el caso de los Estados Constitucionales el criterio último de corrección moral es el respeto de la dignidad de la persona humana. En atención a cuanto se ha precisado en el apartado precedente, se trata además de un criterio *jurídico* último¹⁶⁸ y, por consiguiente, es la fuente definitiva de la derrotabilidad jurídica. Así, el respeto por la dignidad humana, es la razón última de la que pueden derivar excepciones implícitas a las aplicación de las normas jurídicas.

¹⁶⁸ Como se verá más delante, en el caso del sistema jurídico peruano, ese criterio es además jurídicamente expreso, puesto que el artículo 1° de su Constitución establece que el respeto por la dignidad humana es el «fin supremo de la sociedad y del Estado».

Ahora bien, no parecen haber razones conceptuales para sostener que de modo necesario un sistema jurídico debe contener un único valor supremo. Es posible que haya más de uno. Pero si ello es así, ya no será posible afirmar de cada uno que se trate de una fuente *última* de derrotabilidad jurídica, pues por ser todos supremos, en determinados casos, cada uno puede ser fuente de derrotabilidad del otro. En un sistema jurídico con esta característica, incluso desde una perspectiva prescriptiva, la derrotabilidad sería un fenómeno normativamente generalizado. Se trataría de un sistema omnicomprendensivamente particularista, ante la imposibilidad de que exista algún estándar genuinamente universalizable.

Se coincide con B. Celano cuando afirma que el razonamiento moral puro, es decir, el razonamiento práctico sin restricciones es «un océano particularista»¹⁶⁹. Pero cuando afirma lo mismo sobre cualquier sistema jurídico, la tesis ya no se puede aceptar sin matices. Dice así Celano: «Si en el ámbito jurídico la alternativa entre universalismo y particularismo depende de razones morales, y si esta última tiene carácter particularista, tampoco en el ámbito jurídico tendremos en última instancia elección: el modelo particularista sería (conceptual y, al mismo tiempo, normativamente) prioritario»¹⁷⁰.

Que dentro de un sistema jurídico la alternativa entre particularismo y universalismo dependa de razones morales es una apreciación correcta en un sentido descriptivo y realista. Es decir, como antes se ha visto, el intérprete siempre se puede abrir a la moral extrajurídica (cualquiera sea esta) y derrotar *de facto* cualquier norma del sistema. Bajo este enfoque, sin duda el modelo particularista prima. La afirmación también parece ser correcta en un sentido prescriptivo con relación a los sistemas jurídicos que tienen más de un valor supremo. En estos casos, *de iure* tales sistemas jurídicos serán intrínseca y omnicomprendensivamente particularistas.

Pero la tesis ya no parece correcta en un sentido prescriptivo con relación a los sistemas jurídicos que cuentan con un único valor supremo. En tales casos, por razones lógicas y axiológicas, la norma jurídica que contiene el valor supremo es fuente última de derrotabilidad jurídica, pero, a su vez, ella *debe ser* intrínsecamente inderrotable. Se trata, en consecuencia, de una norma universalizable dentro del sistema. Y en tal sistema, por derivación, el particularismo ya no es normativamente prioritario como sostiene Celano.

Ello no quiere decir, por supuesto, que en dicho sistema jurídico el particularismo esté desterrado. Por el contrario, sostener que en un sistema jurídico existe una fuente

¹⁶⁹ Cfr. Celano, B., «¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?», en: *Derecho, justicia, razones*, ob. cit., p. 469.

¹⁷⁰ Cfr. *Idem*.

última de derrotabilidad, es sostener que existe una fuente última de particularismo. Tampoco pretende sostenerse que en un sistema así, la única fuente en la que el universalismo influya sea la norma que contiene el valor supremo. Como bien sostiene Celano, «[e]l modelo particularista (...) [n]o excluye en absoluto la posibilidad o legitimidad de generalizaciones confiables: proyecciones o extrapolaciones de casos pasados (o actuales) a casos futuros (o posibles). Sencillamente, nada garantiza que nuestras generalizaciones (...) no se vean (...) como sujetas a la necesidad de ser revisadas a la luz de circunstancias extraordinarias»¹⁷¹. Ocurre, sin embargo, que a diferencia de lo que afirma el autor italiano, si el referido sistema está presidido por un valor último, hay una generalización que jurídicamente no es revisable, a saber, la derivada de la norma que contiene el valor supremo.

De esta manera, en un sistema jurídico con un solo valor supremo, puede aceptarse que el razonamiento jurídico es «un archipiélago de esferas de decisiones parauniversalistas (esferas de decisión en las que las razones disponibles imitan a las razones universalistas) en un océano de razones particularistas»¹⁷², siempre y cuando se acepte que en tal archipiélago hay una isla genuinamente universalista y normativamente prioritaria.

Esta posición, aplicada a los Estados Constitucionales, tiene la ventaja de que mantiene la autoridad del Derecho, sin que decaiga la fuerza normativa de la dignidad humana como valor supremo. En ella cabe además el entendimiento de la interpretación como una práctica que «vive en espacios donde se mezcla la fidelidad a lo original y la disposición a la innovación»¹⁷³. Y, sobre todo, se logra escapar satisfactoriamente del particularismo extremo que pareciera resultar reñido –cuando menos, intuitivamente– con la idea misma de Derecho. En ese sentido, el planteamiento parece compatible con la idea de *universalismo* a la que se adhiere M. C. Barranco, es decir, un universalismo que no debe ser abandonado, pero que, a su vez, resulte compatible «con aplicaciones diferenciadas de los principios y de las reglas que se justifican»¹⁷⁴.

Tal como refiere Caracciolo, la versión extrema de particularismo, a la que, por ejemplo, se adhiere Dancy¹⁷⁵, «niega a las normas o reglas cualquier función práctica, incluso la de identificación de propiedades o rasgos del mundo normativamente

¹⁷¹ Cfr. *Idem*. En el capítulo 6 se dará cuenta de algún mecanismo institucional que permita fortalecer tales estandarizaciones, sin que ello las convierta en inderrotables.

¹⁷² Cfr. Celano, B., «¿Podemos elegir entre particularismo y universalismo?», en: *Derecho, justicia, razones*, ob. cit., p. 470.

¹⁷³ Cfr. Raz, J., *Entre la autoridad y la interpretación*, traducción de H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 362.

¹⁷⁴ Cfr. Barranco, M. C., «Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo», ob. cit., p. 28.

¹⁷⁵ Cfr. Dancy, J., «On the Logical and Moral Adequacy of Particularism», en: *Theoria*, V. 65, Parte 1, 1999, pp. 144 – 155.

relevantes. La versión más débil acepta que la relevancia pueda ser fijada por normas “*prima facie*” o derrotables, pero rechaza que las reglas puedan determinar deberes concluyentes»¹⁷⁶. De esta manera, la derrotabilidad jurídica aquí defendida se aleja del particularismo extremo no solo porque –como se verá, sobre todo, en los capítulos 4 y 5– resulta compatible con la existencia de normas *prima facie*, sino también, y fundamentalmente, porque comulga con la existencia de algunas reglas genuinamente universalizables.

En fin, como bien refiere H. Bouvier, «si uno considera que la discusión final entre universalismo vs. particularismo está vinculada con la discusión sobre si es mejor vivir con reglas o sin ellas (...) habría que echarle un vistazo a las obras fundantes de nuestro pensamiento político. Son los contextos de incertidumbre, precariedad, salvajismo o terror (guerra civil, guerra de religiones, dictaduras) los que justificaban un compromiso de atenerse a Principios Generales»¹⁷⁷. Pues bien, el Estado Constitucional postula un principio general (universal) inderrotable: el respeto por la dignidad humana. Se trata del valor supremo; superior incluso frente a los superiores¹⁷⁸.

Ahora bien, lo dicho hasta el momento acerca de la inderrotabilidad de la dignidad humana, sería poco menos que vacío si se fuese absolutamente escéptico sobre su sentido prescriptivo¹⁷⁹, o si se considerase que su nivel de indeterminación fuese el mismo que el de conceptos valorativos como «justicia» o «moralidad», es decir, si se considerase, por ejemplo, que prescripciones como «debe actuarse con justicia», «debe respetarse la moral» y «debe respetarse la dignidad humana», se encuentran en una misma instancia de indeterminación semántica.

¹⁷⁶ Cfr. Caracciolo, R., «Una discusión sobre normas derrotables», en: *Discusiones*, N.º 5, 2005, p. 94, nota 7.

¹⁷⁷ Cfr. Bouvier, H., *Particularismo y Derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 357.

¹⁷⁸ Cuando Peces-Barba se ha ocupado de la relación entre dignidad humana y los valores superiores previstos en el artículo 1.1 de la Constitución española, ha señalado lo siguiente: «la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que estos son el camino para hacer real y efectiva la dignidad humana» (cfr. Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Técnicos, Madrid, 1984, pp. 85 – 86).

¹⁷⁹ J. Mosterín sostiene, por ejemplo, que «[d]ecir que alguien es digno, sin más, es dejar la frase incompleta y, en definitiva, equivale a no decir nada» (cfr. Mosterín, J., *La naturaleza humana*, Austral, Madrid, 2006, p. 383. Menos radical, pero con análogo escepticismo semántico, se muestra I. Von Münch al sostener lo siguiente: «A todas luces es imposible determinar de modo satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, mientras que manifiestamente sí es posible fijar cuándo se la está vulnerando» (cfr. «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional», traducción de J. Nicolás Muñiz, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N.º 5, Mayo – Agosto, 1982, p. 19). Por su parte, N. Hoerster cree haber evidenciado «cuan vacía es necesariamente la fórmula del principio de la dignidad humana» (cfr. Hoerster, N., «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», en: *En defensa del positivismo jurídico* (traducción de E. Garzón Valdés y revisión de R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 2000, p. 91 y ss.).

Aquí no solo se considera que el concepto no es vacío, sino que su sentido puede determinarse en un nivel suficiente que permite dar lugar a instancias normativas con autonomía semántica que se mantienen jurídicamente inderrotables. Resulta, pues, esencial para fundamentar lo dicho desarrollar el sentido de la dignidad humana como valor supremo del Estado Constitucional.

2.1 Fundamentos de la dignidad humana.

La premisa de la que suele partirse es la afirmación, ideológica desde luego, de que todos y solo los seres humanos son portadores de dignidad por su sola condición de tales. Se trata de una afirmación que predica entonces la universalidad de la dignidad humana y en la que subyace a su vez una idea en virtud de la cual a los seres humanos debe serles consubstancial alguna característica compartida que los hace dignos. Esa característica vendría a ser el fundamento de la dignidad, y para que no pierda sus pretensiones de universalización, debe ser universalizable en un doble sentido: uno empírico y otro racional.

Será universalizable en un sentido empírico si puede constatare con criterios de experiencia que dicha característica en efecto es propia de todos los seres humanos. Y lo será en un sentido racional si todo ser humano puede ser capaz de aceptarla en base a una racionalidad antropocéntrica e intersubjetiva, lo que conlleva la exigencia de prescindir de criterios metafísicos.

Por supuesto, desde ciertas corrientes de pensamiento, como por ejemplo el cristianismo, se predica, justamente, que dicho fundamento es metafísico, asociándolo con la idea, de que es el alma que por voluntad de Dios anida en todo ser humano desde la concepción, el fundamento de la dignidad. Por muy respetable que sea la tesis incluso para los no creyentes en Dios o para quienes creyendo en El discrepan del alcance de la posición, lo cierto es que no puede ser utilizada seriamente si no se quiere que el fundamento de la dignidad pierda su pretensión de universalidad humana.

Siendo ello así, en términos generales, puede decirse que existen tres vertientes que compiten como fundamento de la dignidad humana¹⁸⁰. Una es la vertiente biológica, conforme a la cual el fundamento empírico de la dignidad es el genoma humano o genoma del *homo sapiens*, a saber, la secuencia de ADN contenida en 23 pares de cromosomas en el núcleo de cada célula humana diploide. Bajo este

¹⁸⁰ Cfr. Atienza, M., «Sobre el concepto de dignidad humana», en: *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2010, p. 184 y ss.

enfoque, todo aquel ser que posea la secuencia genética a la que responde dicho genoma será digno¹⁸¹.

Parece ser un fundamento poderoso y suficientemente omnicompreensivo¹⁸². Empero, deja abierta la pregunta acerca de si corresponde o no reconocerles dignidad a seres que sin poseer dicho genoma demuestran un claro discernimiento moral. Evidentemente, que tales seres hasta donde alcanza el conocimiento humano oficial no existan, no es razón suficiente para desmerecer la pregunta, sobre todo, porque si la respuesta es que a ellos, merced a su juicio consciente sobre el bien y el mal, habrá que reconocerles dignidad, la vertiente biológica habrá demostrado un incuestionable déficit¹⁸³. Y, por supuesto, no satisface las pretensiones de aquellos que desde un humanismo que está más allá de lo antropocéntrico postulan, por ejemplo, la dignidad de los animales¹⁸⁴.

La segunda es la vertiente de la sensibilidad, en virtud de la cual es digno todo ser con capacidad de sentir tanto física como emocionalmente. Se trata de los sentimientos de felicidad, placer, dolor, sufrimiento. Siendo que para ello se requiere cuando menos un embrionario sistema nervioso y que muchos de esos sentimientos no se presentan solo en los seres humanos, sino en una diversidad de seres vivos, desde este enfoque la dignidad no sería predicable solo en los seres humanos.

Pero además de este matiz –que, en relación con los seres humanos, haría de este enfoque sobre inclusivo– existe también el reconocimiento de que en los seres humanos es recién aproximadamente a los 14 días contados desde la fecundación que aparece la denominada cresta primitiva que marca el inicio de la formación del sistema nervioso. Antes no existiría ni siquiera incipientemente la posibilidad de sentir,

¹⁸¹ Este fundamento elimina el problema presentado muchas veces en la historia del pensamiento de no haber considerado a muchos seres humanos como tales. Tal como refiere J. de Lucas, «la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados durante mucho tiempo sujetos de derecho. Con todo, esa argumentación puede ser relativizada; en realidad, el problema no es que los derechos no hayan sido atribuidos universalmente a todos los hombres sino que la mayor parte de los seres humanos no han sido considerados como tales, ni siquiera por algunos de los primeros defensores de la dignidad del hombre» (cfr. Lucas, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, «Ensayo», Madrid, 1994, pp. 45 – 46).

¹⁸² Las alteraciones en el genoma que generan discapacidades congénitas, no ponen en entredicho esta vertiente. Es decir, sería patentemente irracional, por ejemplo, sostener que dado que las personas que padecen el síndrome de Down no poseen la secuencia exacta del genoma (poseen un cromosoma extra en el par cromosómico 21) no participan de este fundamento. El asunto parece solucionarse simplemente afirmando que son dignos todos los seres que poseen dicha secuencia exacta y también aquellos que aunque no la poseen con exactitud como consecuencia clara de alguna alteración genética, ello no permite sostener científicamente que pertenecen a una especie distinta de la especie humana.

¹⁸³ Cfr. Alexy, R., y García Figueroa, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007. Dice así M. Atienza: «... supongamos (...) que aparecieran seres que no pertenecieran biológicamente a la especie humana (...) pero que estuvieran dotados de sensibilidad, de inteligencia de capacidad de decidir, etc. (o sea que tuviesen las mismas o parecidas características psicológicas que los seres humanos). ¿Sería esa una razón suficiente para negarles dignidad, esto es, para no tratarlos como a los seres humanos? No lo parece» (cfr. «Sobre el concepto de dignidad humana», ob. cit., pp. 184 – 185.).

¹⁸⁴ Cfr. Singer, P., *Liberación animal*, traducción de la Asociación Nacional para la defensa de los animales, Trotta, Madrid, 1999.

motivo por el cual, bajo este fundamento, el ser humano recién concebido carecería de dignidad. Para quienes consideran que debe predicarse la existencia de un ser humano desde el mismo instante de la concepción (la Iglesia católica, por ejemplo), esta observación haría del enfoque *infra inclusivo*.

Finalmente, la vertiente de la racionalidad, también conocida como fundamento kantiano, sostiene que la dignidad humana es una característica derivada del juicio moral. Todo ser con capacidad de discernir entre el bien que debe hacer y el mal que debe evitar, y, sobre esa base, adoptar decisiones, es digno¹⁸⁵. Desde luego, esta tesis no implica un meta-concepto sobre el bien o sobre el mal, y asumir que solo quien ajuste su conducta a lo que el primero exige y a lo que el segundo prohíbe es digno. Significa tan solo que, por reprochable que pueda ser una acción para la mayoría de una sociedad, quien goce de esa capacidad de discernimiento moral, más allá del juicio que despierte en otros, es digno.

El fundamento de la racionalidad deja abierta la interrogante acerca de aquellos seres humanos que carecen aún de discernimiento moral. Piénsese en el *nasciturus* o en el recién nacido. Frente a ello cabría sostener que en tales seres humanos la racionalidad es una propiedad disposicional, es decir, consubstancial y ya presente, pero solo susceptible de ejercerse una vez cumplida cierta condición, que en este caso sería un cierto desarrollo cerebral que permita algún grado de formación del juicio moral.

Con todo, ello no elimina toda laguna en la vertiente de la racionalidad. Piénsese en el caso del feto anencefálico, del cual, por obvias razones, no se puede predicar juicio moral ni siquiera en un estadio disposicional. Por tales razones, ¿corresponde negar su condición de ser con dignidad? La respuesta parece ser negativa, y no porque se esté pensando que en circunstancias como la descrita la mujer está obligada a llevar a término el embarazo o cuestiones relacionadas. La respuesta parece negativa porque su sola pertenencia a la especie humana parece aportar razones para no cosificarlo y utilizarlo por ejemplo con fines de experimentación. Si esas razones, en efecto, existen, parecieran derivar de su condición de ser digno, y en este caso la vertiente biológica parece mostrar virtualidades frente a la vertiente de la racionalidad.

El fundamento de la racionalidad también se muestra inoperativo en el caso de las personas que se mantienen durante su vida absolutamente privadas de

¹⁸⁵ Además de su asociación con el juicio moral, a la racionalidad humana –y su conexión con la dignidad– puede asociársele también con la capacidad de construir conceptos generales, de valorar lo estético, de comunicarse y con la necesidad de socializar (cfr. Peces-Barba, G., «Dignidad humana», en: J. J. Tamayo –director–, *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005, pp. 64 – 67).

discernimiento en razón de alguna discapacidad intelectual¹⁸⁶. En estos casos, nuevamente, son los fundamentos biológico y de la sensibilidad los que gozan de clara pertinencia.

Así las cosas, quizá lo más conveniente sea no desechar ninguno de los tres fundamentos de la dignidad, y considerar que ellos en conjunto, aunque en determinadas circunstancias alguno con mayor pertinencia que otro, dotan a la dignidad humana de fundamento.

2.2 La dignidad humana y el acuerdo procedimental del racionalismo ilustrado.

Quien fuera Presidente de la Corte Constitucional colombiana, Carlos Gaviria Díaz, afirmó alguna vez esto: «Cuando nos convocan a que esclarezcamos en qué es que consiste eso de la dignidad humana podemos vacilar, pero resulta que éste es para mí el postulado básico, esencial, de la Constitución»¹⁸⁷. Pues bien, siendo que, en efecto, la dignidad es un concepto jurídico indeterminado, dicha vacilación en determinadas circunstancias será inevitable, pero no puede alcanzar un nivel tal que la base de su contenido se convierta en un asunto acomodado al parecer de los intérpretes. La esencia material de la Constitución no puede depender de ello; si así fuese su juridicidad se desvanecería.

Ahora bien, es evidente, a su vez, que el contenido concreto de la dignidad no lo encontraremos en el texto de la propia Constitución¹⁸⁸. Por ello, a efectos de que el asunto no se convierta en una tarea enteramente subjetiva, pareciera necesario, en primer término, reconocer que históricamente el origen de su sentido contemporáneo anida en la filosofía ilustrada del siglo XVIII¹⁸⁹, sin que ello signifique, por su supuesto,

¹⁸⁶ Cfr. Cuenca, P., «Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos», en: *Revista de Estudios Políticos*, N.º 158, 2012, pp. 103-137.

¹⁸⁷ Cfr. Gaviria, C., «Intervención hecha durante la conmemoración del quinquenio de la Constitución Política de 1991», en: *Perspectivas de la Constitución 1991 a 1996*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 66.

¹⁸⁸ Peces-Barba ha insistido en que la autonomía moral y su género la dignidad humana son el deber básico del que emanan los valores y los derechos que sostienen la democracia, y por ello, a su juicio, la dignidad humana tiene «un puesto relevante», pero al mismo tiempo «prepolítico y prejurídico» (cfr. Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona humana desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2003, p. 67). Ahora bien, como se ha visto, aquí se considera que la justificación moral última del sistema jurídico, inevitablemente, pasa a formar parte de él. Siendo ello así, si bien se comparte que la dignidad humana tiene una génesis prejurídica, al ser, en efecto, deber básico del que emanan los valores y los derechos del sistema jurídico, se juridifica. Y ello es así aunque no encuentre mención explícita en el sistema.

¹⁸⁹ Tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional peruano, en criterio que es *mutatis mutandis* extensible a toda Constitución de un Estado Constitucional, «el fundamento material del constitucionalismo moderno, presidido por los derechos fundamentales de la persona, y que, desde luego, es el mismo que sirve de base dogmática a la Constitución de 1993, hunde sus raíces en la ideología que, con sus respectivos matices, identificó a las revoluciones liberales norteamericana y francesa de fines del siglo XVIII» (cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 16).

dejar de reconocer que el pensamiento que progresivamente alimentó de sentido a sus elementos esenciales es mucho más antiguo¹⁹⁰

Puede decirse que el racionalismo ilustrado del siglo XVIII y las revoluciones liberales a que dio lugar su ideología, partían de una constatación epistemológica, en virtud de la cual no existe posibilidad de que los seres humanos adopten un acuerdo moral universal sustantivo entendido como un modelo de virtud. Se trata de una constatación epistemológica puesto que la historia de la humanidad tanto en un sentido diacrónico como sincrónico la confirma.

Ante dicha imposibilidad, surge un acuerdo moral procedimental de tendencia universal conforme al cual se encuentra prohibido imponer por la fuerza a un ser humano algún sentido sustantivo de lo virtuoso. El Estado, en consecuencia, pasa a tener como principal objetivo la protección de la libertad de cada ser humano de buscar, proclamar y ejercer su sentido material de virtud, respetando, desde luego, que cada uno del resto de seres humanos pueda ejercer esa misma libertad. Esta máxima encuentra traducción en lo previsto en los artículos 4° y 5° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789:

Artículo 4.- La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley.

Artículo 5.- La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

Desde esta perspectiva, la libertad humana, pues, no carece de contenido, pero sí debe carecer de un *iuscontenido*. El contenido de la libertad es el que le da la introspección humana en la búsqueda de la verdad. Un contenido que, desde luego, puede tener plurales rostros que se deben desenvolver fuera de los linderos

¹⁹⁰ Luego de hacer un recorrido por el pensamiento de Platón, Aristóteles, Cicerón y Séneca, A. Pele concluye que son cuatro las principales aportaciones del pensamiento clásico a la dignidad humana: el «cuidado de sí», referido a la conciencia individual del ser humano; el *Sapere aude*, referido a su condición de ser racional que le da capacidad crítica; el *Carpe Diem*, que implica convertir la vida humana en una experiencia individual y responsable para conseguir la felicidad; y la noción de «ciudadano del mundo», que implica un ideal de identidad cosmopolita que lleva a la defensa de la igualdad moral de todos los seres humanos (cfr. Pele, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Instituto de derechos humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III del Madrid / Dykinson, Madrid, 2010, p. 703 y ss.). Sobre la dignidad humana en la historia del pensamiento véase Peces-Barba, *La dignidad de la persona humana desde la Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 21 y ss. También pueden encontrarse referencias históricas en Ruíz- Giménez, J., «Comentario al artículo 10», en: O. Alzaga (director), *Constitución española de 1978*, Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p. 50 y ss.

imperativos del Derecho. El Estado debe proteger esa búsqueda, pero no debe guiarla.

Para el *iusnaturalismo* racionalista, el naturalismo que cobija el Derecho (el *ius*) es procedimental en el sentido de que proclama las condiciones esenciales que deben estar garantizadas para la búsqueda de un naturalismo material. Es decir, no niega este último, pero considera que se trata de un naturalismo al que el *ius* le es impropio, y que por consiguiente debe ser ajeno al Estado. Puede decirse que la erradicación del *iusnaturalismo* material es el objetivo del *iusnaturalismo* racional. En consecuencia, si se quiere proteger la libertad en serio, para el Estado esa libertad carece de verdad como contenido¹⁹¹.

Cabe sostener entonces que el *iusnaturalismo* racionalista se sustenta en lo que Zagrebelsky ha denominado la ética de la duda, es decir, una ética que no niega la verdad material, pero cuyo ámbito de búsqueda queda abierto por así decirlo, al espacio del *no Derecho*. Dice así el autor italiano:

«... la duda contiene (...) un elogio a la verdad, pero de una verdad que debe ser siempre re-examinada y re-descubierta. Así pues, la ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: '¿Será *realmente* verdad?' (...). La ética de la duda no significa en absoluto sustraerse a la llamada de lo verdadero, de lo justo, de lo bueno o de lo bello, sino justamente intentar responder a esa llamada en libertad y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los demás»¹⁹².

Como se sabe, el espacio de la dogmática de las religiones es, por antonomasia, el espacio de la(s) virtud(es) sustantiva(s). Por ello, el racionalismo ilustrado propone el reemplazo de una visión teocéntrica, por una antropocéntrica. Se trata de una etapa en la que el Derecho natural pierde su remisión a consideraciones religiosas, históricas o tradicionales, adoptando una configuración situada en la razón del individuo¹⁹³, y en

¹⁹¹ Por ello el peligro para la libertad humana que representan estas palabras: «El fin del Estado no puede ser (...) garantizar la mera libertad sin contenido. Para establecer un orden de convivencia razonable en el que se pueda vivir, el Estado precisa un mínimo de verdad y de conocimiento del bien que no puede someter a manipulación» (cfr. Ratzinger, J., *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 4ta. edición, RIALP, Madrid, 2005, p. 103).

¹⁹² Cfr. Zagrebelsky, G., *Contra la ética de la verdad*, traducción de A. Núñez, Trotta, Madrid, 2010, pp. 9 — 10.

¹⁹³ Aunque es cierto también que en el caso particular de las colonias norteamericanas, la conexión entre el Derecho natural y el factor religioso mantenía vigencia. Recuérdese que muchos ingleses vieron en las colonias de Norteamérica su lugar de exilio ante las persecuciones de las que eran víctimas por profesar una determinada confesión religiosa. En esa medida, como bien ha destacado G. Peces-Barba, la apertura a un fundamento religioso fue una de las características de la revolución norteamericana, en oposición a la laicidad que caracterizó a la francesa (cfr. «Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º VI, 1989, pp. 65 - 69).

la que existe un gran apremio «por llevar los principios del Derecho natural racional a los dominios del Estado y de su orden jurídico positivo»¹⁹⁴.

Así, el acuerdo moral procedimental tiene la extraordinaria ventaja de tratar en igualdad a todos los seres humanos con prescindencia del sentido de corrección material que abriguen. Aunque tiene ciertamente la desventaja de renunciar a la idea de poder acceder a una virtud material imperativa para todos los seres humanos. Pero quizá esa desventaja se atenúe si se cae en cuenta que la renuncia, en efecto, es a las pretensiones de imperatividad de dicha virtud, pero no a su búsqueda e incluso a la idea de haber accedido a ella. Por lo demás, esta premisa resulta además compatible con el *principio de reciprocidad* compartido por las grandes tradiciones religiosas: «trata a los demás como te gustaría que te trataran a ti»¹⁹⁵.

De hecho, ante la imposibilidad de negar *per se* la dimensión espiritual del ser humano, la búsqueda y/o la creencia de haber accedido a una verdad material, así como el derecho a su difusión, se encuentran protegidos por una de las manifestaciones del sentido procedimental de lo bueno, conocida como libertad religiosa. Este valor se deja observar en lo previsto el artículo 10° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: «Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, a condición de que su manifestación no perturbe el orden público establecido por la ley».

Quizá la mejor forma de entender cómo quedan trazadas las relaciones entre verdad y libertad a partir de esta etapa consista en apreciar la contraposición entre la frase bíblica «[l]a verdad os hará libres»¹⁹⁶ y la lúcida recomendación vertida por R. Rorty «cuida la libertad y la verdad se cuidará a sí misma»¹⁹⁷. En la mención del Nuevo Testamento subyace, por un lado, la idea de que el conocimiento de una verdad revelada es la condición necesaria para la liberación de todo ser humano y, por otro, la idea de que los confines de esa verdad, marcan a su vez los límites del ejercicio válido de la libertad. Por el contrario, en la frase de Rorty la libertad humana y la contraposición de ideas que a su amparo pueden forjarse, son la condición necesaria para el acercamiento a la verdad. Lo que el Derecho debe proteger, pues, son las condiciones de ejercicio de esa libertad para que en el escenario de las razones pacíficamente confrontadas ella se abra camino. Un camino seguramente siempre inacabado, pero más iluminado que aquél que pretendería imponer un

¹⁹⁴ Cfr. Prieto, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007, p. 9.

¹⁹⁵ Cfr. Tamayo, J. J., «Religiones y derechos humanos: una relación conflictiva», en: J. J. Tamayo (director), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, ob. cit., p. 392.

¹⁹⁶ Cfr. Juan 8, 32.

¹⁹⁷ Este es el tópico liberal que recorre su libro *Cuidar la libertad*, Madrid, Trotta, 2005.

Derecho ensombrecido contrario a la libertad y por consiguiente a la dignidad humana¹⁹⁸.

La garantía institucional de que dicha verdad material no se convierta en imperativa se encuentra en el principio de laicidad, que en el caso peruano se encuentra reconocido en el artículo 50° de la Constitución, «conforme al cual el Estado declara su *‘independencia y autonomía’* respecto de la Iglesia católica o cualquier otra confesión religiosa. Se trata, por consiguiente, de un Estado típicamente laico o aconfesional, en el que si bien se proclama y garantiza la libertad religiosa, no se asume postura a favor de ninguna confesión en particular»¹⁹⁹.

Así, como señala Peces-Barba, «el sentido actual de la dignidad humana (...) arranca del tránsito a la modernidad, donde surge el concepto de ser humano centrado en el mundo y centro del mundo, es decir, donde esa dignidad es acompañada por la idea de laicidad»²⁰⁰.

2.3 El sentido de la dignidad humana y el valor de la autonomía.

Existe un apreciable consenso en reconocer que ha sido I. Kant quien más racionalmente ha plasmado la idea de dignidad humana, a través de su así denominado imperativo categórico. Como se sabe, para este filósofo un imperativo es categórico en contraposición a un imperativo hipotético; mientras que este impone una acción como medio o condición necesaria para alcanzar algún fin, un imperativo categórico impone una acción por objetivamente necesaria en sí misma, sin necesidad de un fin ulterior²⁰¹.

A su juicio, el imperativo categórico de la moralidad, puede dividirse en tres formulaciones: 1) «obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en una ley universal»; 2) «obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al

¹⁹⁸ Recientes palabras del Papa Francisco parecen acercarse más a esta idea: «La religión tiene derecho de expresar sus propias opiniones al servicio de las personas, pero Dios en la creación nos ha hecho libres: no es posible una injerencia espiritual en la vida personal» (cfr. «Entrevista al Papa Francisco: Busquemos ser una Iglesia que encuentra caminos nuevos», concedida al P. Antonio Spadaro S. J., traducción de L. López-Yarto S. J., en: *Razón y Fe*, 2013, p. 14).

¹⁹⁹ Cfr. STC 6111-2009-PA, F. J. 24. Debe precisarse que el principio de laicidad resultaría afectado si un dogma religioso se incorporase al Derecho *por ser dogma religioso*. Distinta sería la situación si por una mera coincidencia entre un valor compatible con la ética pública y, a su vez, con un dogma de fe, tal valor culmina incorporado a la Constitución. En este caso, en respeto por el principio de laicidad, correspondería asumir que su introducción al Derecho obedece a su derivación intrínseca de la dignidad humana, bajo una visión secular. Eso sí, se trataría de un valor sujeto a ponderación, como ocurre con todos los valores constitucionales.

²⁰⁰ Cfr. Peces-Barba, G., «Dignidad humana», ob. cit., p. 56.

²⁰¹ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres» (traducción de R. Aramayo), en: *Kant*, Tomo II, Gredos, Madrid, 2010, p. 60.

mismo tiempo como fin y nunca simplemente como medio»; y, 3) «la idea de la voluntad de cualquier ser racional como una voluntad que legisla universalmente»²⁰².

¿Cómo se produce el contacto entre estas formulaciones del imperativo y el valor de la dignidad? En determinado momento, Kant razona de la siguiente manera: «lo que constituye la única condición bajo la cual puede algo ser fin en sí mismo, no posee simplemente un valor relativo, o sea, un precio, sino un valor intrínseco: la *dignidad*»²⁰³. Si se toma en consideración solo este párrafo, puede entenderse por qué suele existir una asociación entre la segunda formulación del imperativo y la dignidad²⁰⁴. Así planteado el asunto, la dignidad pareciera ser algo consubstancial al ser humano, y situado más allá de su voluntad. Empero, el asunto es algo más complejo.

En efecto, el panorama se hace más denso cuando el autor se ocupa de lo que denomina el *reino de los fines*, es decir, el mundo de los seres racionales en el que conviven los fines en sí mismos (es decir, los propios seres racionales) con los fines personales de cada uno. Para que se mantenga el respeto entre los seres racionales como *fines en sí mismos*, la legislación universal *que debe emanar de su propia voluntad*, debe responder al siguiente principio:

«... no acometer ninguna acción con arreglo a otra máxima que aquella según la cual pueda compadecerse con ella el ser una ley universal y, por consiguiente solo de tal modo *que la voluntad pueda considerarse a sí misma por su máxima al mismo tiempo como universalmente legisladora*»²⁰⁵.

Esta no es sino la plasmación del respeto por la autonomía, la cual, si quiere ejercerse en convivencia igualitaria, es decir, bajo cánones de universalidad, no puede afectar la autonomía de los demás. En otras palabras, seres racionales en ejercicio de una autonomía originaria dictan una legislación universal que exige el respeto de todas las autonomías por igual. Uno es jefe y, a su vez, miembro en el reino de los fines. Este planteamiento tiene más bien contacto tanto con la primera como la tercera formulación del imperativo categórico.

Hasta aquí un meta postulado que ordene la perspectiva kantiana sin hacerla intrínsecamente contradictoria podría referir lo siguiente: la racionalidad o juicio moral de la humanidad es el fundamento de la dignidad humana, la cual exige tratar a todo

²⁰² Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., tomando en cuenta las citas del párrafo, pp. 67, 75 y 77, respectivamente.

²⁰³ Cfr. *Idem*, p. 80. La cursiva es del original.

²⁰⁴ Aunque luego hace varias matizaciones, así lo ve inicialmente, por ejemplo, Atienza (cfr. «Sobre el concepto de dignidad humana», ob. cit., pp. 189 – 190).

²⁰⁵ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 80. La cursiva es del original.

ser humano como fin en sí mismo, principio que fundamenta una legislación universal que tiene en la autonomía de los seres humanos su origen, pero, a su vez, su límite. Bajo esta perspectiva, que el ser humano sea un fin en sí mismo parece ser lo que fundamenta el reconocimiento de su autonomía. De hecho, el filósofo tiene una afirmación que puede adecuarse claramente a cuanto acaba de señalarse: «la moralidad es la única condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque solo a través suyo es posible ser un miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en la medida en que ésta es susceptible de aquella, es lo único que posee dignidad»²⁰⁶.

Sin embargo, más adelante Kant sostiene lo siguiente:

«... la propia legislación que determina todo valor ha de poseer por ello una dignidad, o sea, un valor incondicionado e incomparable, para el cual tan solo la palabra *respeto*, aporta la expresión conveniente de la estima que ha de profesarle un ser racional. Así pues, la *autonomía* es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional»²⁰⁷.

Así, por un lado, el ser humano es digno porque es un fin en sí mismo, con lo cual la dignidad parece relacionarse con la segunda formulación del imperativo, pero, por otro lado, también es digno porque es autónomo y hacedor de una legislación universal, lo que acerca el enfoque a la tercera²⁰⁸ y primera formulación. Tal como ha razonado, R. Ruzicka, «esto es, por lo menos, confuso»²⁰⁹.

Es posible, desde luego, que la confusión tenga origen en la pretensión de tratar a las formulaciones como compartimentos estancos, a pesar de que, según el filósofo prusiano, son «fórmulas de una misma ley, cada una de las cuales incorpora dentro de sí a las otras dos»²¹⁰. Empero, confusión o no, es difícil negar la trascendencia de la siguiente pregunta: ¿el ser humano es autónomo porque es un fin en sí mismo o en un fin si mismo porque es autónomo?

Si el fundamento es por razones lógicas y axiológicas un límite de aquello que fundamenta, la interrogante es crucial, puesto que si la condición de fin en sí mismo del ser humano fundamenta su autonomía, ello es tanto como sostener que puede

²⁰⁶ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., pp. 80 – 81.

²⁰⁷ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 81. La cursiva es del original.

²⁰⁸ Hay una tendencia minoritaria opina, en efecto, que el sentido de la dignidad se relaciona con la tercera formulación. Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en Seelman, K., «Dignidad humana y las formulaciones, segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual» (traducción de G. Chaves), en: J. P. Montiel (editor), *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*, Marcial Pons, 2013, p. 27 y ss.

²⁰⁹ Cfr. Ruzicka, R., *Studia Philosophica*, N.º 63, 2004, p. 122. El planteamiento de Ruzicka, ha sido recordado por Seelman (cfr. «Dignidad humana y las formulaciones, segunda y tercera del imperativo categórico. Diagnóstico kantiano y función actual», ob. cit., p. 30).

²¹⁰ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 81.

ejercerla no solo siempre que no afecte la autonomía de terceros, sino además siempre que no afecte su propia condición de fin último, con lo cual el sentido de lo que esto represente no dependerá de un juicio autónomo. *Contrario sensu*, si la autonomía fundamenta su condición de fin en sí mismo, el juicio autónomo *para sí* es el que le da representación a lo que signifique ser un fin último para uno mismo.

Debe reconocerse, no obstante, que este medular asunto, sobre el que volveremos luego, tiene virtualidad en el ámbito de las decisiones que el ser humano adopta en relación consigo mismo. En el ámbito de las medidas externas que vinculan a los seres humanos, es fundamental que se entienda a la dignidad humana como sinónimo de respeto por la autonomía del ser humano, pues, en caso contrario, deja de considerársele un fin en sí mismo. No respetar la autonomía de un ser humano conlleva instrumentalizarlo, cosificarlo, en definitiva, negar su condición de entidad moral, con capacidad de auto-normación en los asuntos que a él conciernen. Corresponde desarrollar esta idea.

Stuart Mill, planteó los alcances de la autonomía en estos términos:

«[L]a única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo»²¹¹.

El enfoque, en principio, parece correcto. Busca cuestionar la validez de toda medida paternalista por parte del Estado, entendida como aquella que pretende justificar la interferencia en la libertad de acción de una persona «por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada»²¹².

Su postulado parte de la premisa, plenamente compatible con el valor de la autonomía, de que siendo el ser humano una entidad moral nadie puede reputarse mejor juzgador de lo que es bueno para su propia vida que él mismo. No obstante, debe convivir con la paradójica idea de que el contenido de su máxima es buena para la vida de cualquier ser humano, con prescindencia del criterio que sobre ella tenga. Es decir, *es imperativamente bueno para la propia vida de los seres humanos, que nadie pueda imperativamente indicarles lo que es bueno para su propia vida*.

²¹¹ Cfr. Mill, S., *Sobre la libertad* [1859], traducción de Pablo de Azcárate, con prólogo de I. Berlin, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 65.

²¹² Cfr. Dworkin, G., «Paternalismo», en J. Betegón y J. R. de Páramo (directores), *Derecho y Moral*, Ariel, Barcelona, 1990, p. 148.

Ahora bien, la paradoja se disuelve una vez que se cae en cuenta de que en la última afirmación laten dos sentidos de lo bueno para la propia vida, que se corresponden con el acuerdo moral procedimental y la virtud material de los que antes se ha hablado. Es decir, hay un sentido de lo bueno de carácter procedimental y otro de carácter sustantivo.

Lo bueno desde un punto de vista procedimental está conformado por las condiciones necesarias para que el ser humano, en tanto entidad moral, pueda juzgar lo que es bueno para su propia vida en un sentido material. Para que esta línea axiomática no se pervierta, y todos los seres humanos puedan, en igualdad, gozar de esta misma capacidad, el desarrollo del sentido material de lo bueno no puede afectar las condiciones conformantes del sentido procedimental de lo bueno.

La presunción es que todo ser humano racional aceptaría estas condiciones de convivencia si en una hipotética posición original estuviese afectado por el «velo de la ignorancia», es decir, afectado por el desconocimiento de cuáles serán sus condiciones concretas de vida o su posición dentro de la sociedad. Por ello, si bien J. Rawls se ha apartado de, o matizado, varias ideas de Kant, ha reconocido, sin embargo, que

«... la posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de autonomía y del imperativo categórico, dentro del sistema de una teoría empírica. Los principios reguladores del reino de los fines son aquellos que serían elegidos en esta posición, y la descripción de esta situación nos capacita para explicar el sentido según el cual, actuando a partir de estos principios, expresamos nuestra naturaleza de seres libres y racionales. Estas nociones ya no son puramente trascendentales y carentes de conexión con la conducta humana, ya que la concepción procesal de la posición original nos permite establecer estos lazos»²¹³.

Lo expuesto hasta el momento, guarda estrecha relación con la necesaria separación entre la ética pública y la ética privada. Tal como se ha señalado, siguiendo en esencia la perspectiva planteada por G. Peces-Barba²¹⁴, la ética pública «es aquella que el Derecho del Estado Constitucional hace suya en aras de garantizar que cada ser humano tenga oportunidad de construir o asumir su modelo de virtud y de desarrollar, individualmente o en comunidad, su plan de vida, en tanto ser con dignidad». Mientras que la ética privada «está constituida, justamente, por el

²¹³ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, traducción de M. González, 2da. edición, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1995, p. 241.

²¹⁴ Cfr. Peces-Barba, G., «Ética pública – ética privada», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º XIV, 1997, p. 531 y ss.

indeterminado catálogo de modelos de virtud o ideales de planes vitales que pueden asumir los seres humanos durante su existencia»²¹⁵.

De esta manera, el respeto por la dignidad humana como autonomía, prohíbe el denominado perfeccionismo normativo o moralismo legal, entendido como una normativa que «coacciona a la persona para que ésta, supuestamente por su propio bien, se adecúe a un concreto ideal de vida o patrón de excelencia humana, que la mayoría social considera moralmente virtuoso»²¹⁶. Así, es contrario a la dignidad humana, que el Derecho imponga el sentido de la ética privada²¹⁷.

Ahora bien, la dimensión axiológica de la autonomía, parece aceptar que el Derecho adopte ciertas normas obligatorias por el bien de la propia persona coaccionada, si tienen por objeto proteger las condiciones necesarias para el ejercicio de su autonomía y se puede presumir razonablemente que la persona no quiere eliminarlas o arriesgarlas. Se trata de medidas que restringen la libertad para proteger las condiciones para ejercer la libertad. Son a las que antes se les ha denominado medidas paternalistas y que Mill parecería considerar absolutamente prohibidas.

Los típicos ejemplos de medidas paternalistas son las que obligan al uso del cinturón de seguridad al conducir automóviles o al uso del casco al conducir motocicletas. Sin vida no hay autonomía susceptible de ejercerse y una afectación grave a la integridad personal la dificulta sobremanera; se presume razonablemente que el ser humano no quiere poner en riesgo su vida o su integridad personal al conducir un auto o una moto; *ergo*, la medida paternalista está justificada²¹⁸. Vistas así las cosas, Mill, pues, no acierta del todo.

²¹⁵ Las dos citas corresponden al Informe N.º 05-2014-JUS/DGDH, de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, 18 de marzo de 2014, p. 5.

²¹⁶ Cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 50.

²¹⁷ Sobre el particular, es famoso el debate entre H. L. A. Hart y Lord Devlin suscitado a propósito del informe del año 1959 del Comité sobre Delitos Homosexuales y Prostitución (Informe *Wolfenden*), el cual, entre otras cuestiones, había recomendado suprimir las sanciones penales para prácticas homosexuales entre adultos realizadas en privado. Devlin había discrepado del informe bajo el argumento de que el Derecho debía usarse para preservar todo aquello que se considerara esencial para la existencia de una sociedad, es decir, a su juicio, debía usarse, entre otras cuestiones, para preservar la moral positiva, pues, a su juicio, «la moralidad compartida en una sociedad es tan necesaria como un gobierno reconocido» (cfr. Devlin, P., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Londres, 1965, p. 11). Hart, en cambio, partiendo de la diferencia entre moral positiva y moral crítica, planteaba lo siguiente: «¿El simple hecho de que un hombre se desvíe de un código moral aceptado, que es lo que Lord Devlin en este contexto entiende por moralidad, ha de considerarse como una clase de *daño* para él? Sería insólito pensar que una persona negra de Sudáfrica que rechazase acatar el código moral del *apartheid*, o una mujer de la India que rechazase obedecer la *suttee* cuando se consideraba su deber moral, estuviese de ese modo dañándose moralmente, y esto mismo, por supuesto, se aplica a los homosexuales allí donde la moral social prevalente prohíbe este tipo de conducta sexual» (cfr. Hart, H. L. A., *Derecho, libertad y moralidad*, traducción y estudio preliminar de M. Ramiro, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" / Dykinson, Madrid, 2006, p. 96).

²¹⁸ Casos así justifican el planteamiento de F. Laporta, en el sentido de que hay «supuestos en que la intervención paternalista es intuitivamente necesaria» (cfr. *Entre el Derecho y la Moral*, Fontamara, México D. F., 1993, p. 54), o en los que ella tiene «un elevado grado de plausibilidad» (cfr. Garzón Valdés, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en: *Doxa*, N.º 5, 1998, p. 156) o se encuentra «ampliamente justificada» (cfr. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2da. edición, 2da. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 414). Sobre el particular,

Llega ahora el momento de volver sobre un esencial dilema que quedó planteado antes: ¿la condición de fin en sí mismo del ser humano fundamenta su autonomía o la autonomía fundamenta su condición de fin en sí mismo? La respuesta a la interrogante pasa por tener en cuenta que un fin en sí mismo es un valor intrínseco. Pues bien, ¿es posible que el sentido de ese valor intrínseco pueda ser determinado con prescindencia de la voluntad de cada ser humano? La respuesta es negativa, puesto que si así fuese estaríamos ante una ley universal (es decir, ante un sentido consubstancial a cada ser humano) que no tiene origen en la voluntad del ser humano; algo esencialmente contrario a la teoría kantiana.

Recuérdese que el sentido inédito y revolucionario que el propio Kant resalta de su argumentación sobre el principio de moralidad, es que hasta entonces se postulaba el vínculo del ser humano hacia una ley heterónoma, «pero a nadie se le ocurrió que se hallaba sometido *sólo a su propia* y sin embargo *universal legislación*»²¹⁹. Así, merced a la racionalidad moral del ser humano cuál sea el sentido de ese valor intrínseco en uno mismo debe tener origen en la propia voluntad del ser humano. Debe tener origen en una decisión autónoma y no en una ley externa o heterónoma²²⁰.

En consecuencia, es la autonomía el fundamento de la consideración de cada ser humano como fin en sí mismo. De ahí que el sentido de lo que represente este valor intrínseco en la vida *para sí* debe ser autónomamente determinado.

Ciertamente, hay una afirmación kantiana que vista superficialmente podría poner en duda esta conclusión. La afirmación es la siguiente:

«... el hombre y en general todo ser racional *existe* como un fin en sí mismo, *no simplemente como un medio* para ser utilizado discrecionalmente por esta o aquella voluntad, sino que tanto en las acciones orientadas hacia sí mismo como en las dirigidas hacia otros seres racionales el hombre ha de ser considerado siempre al mismo tiempo como un fin»²²¹.

Se dice que también *en las acciones hacia sí mismo* el ser humano debe ser considerado como fin en sí mismo, y ello podría dar la impresión de que su condición de fin en sí mismo es un límite externo (natural si se quiere) a su autonomía. Lo que

también pueden verse Alemany, M., *El paternalismo jurídico*, Iustel, Madrid, 2006; Tomás-Valiente, C., «Autonomía y paternalismo en las decisiones sobre la propia salud», en: B. Mendoza (editora), *Autonomía personal y decisiones médicas. Cuestiones éticas y jurídicas*, Thomson Reuters / UAM, Madrid, 2010, pp. 61 ss.

²¹⁹ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 78. La cursiva es del original.

²²⁰ La heteronomía de la voluntad es la «fuente de todos los principios espurios de la moralidad» (cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 86).

²²¹ Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 74. La cursiva es del original.

corresponde aquí tener en cuenta es que en el camino trazado por Kant con miras a integrar sus formulaciones, más adelante dirá que

«... la voluntad de un ser racional tiene que ser considerada siempre al mismo tiempo como *legisladora*, porque de lo contrario no podría pensarse como *fin en sí mismo*. Así la razón refiere cada máxima de la voluntad como universalmente legisladora a toda otra voluntad y también a cualquier acción ante uno mismo, y esto no por algún otro motivo práctico o algún provecho futuro, sino por la idea de la *dignidad* de un ser racional, el cual no obedece a ninguna otra ley salvo la que se da simultáneamente él mismo»²²².

Aquí vuelve la asociación entre no obedecer a otra ley salvo la propia (autonomía) y la dignidad, porque solo así el ser humano puede pensarse como un fin en sí mismo. De esta manera, lo que parece plantear Kant es que la autonomía encuentra en la autonomía un *principio objetivo* incluso en las acciones hacia sí mismo. Y ello por supuesto no quiere decir que autónomamente no se puedan adoptar líneas de acción *para sí* que no hagan de la autonomía el valor último o que puedan poner en riesgo una condición para su ejercicio. Significa tan solo que incluso en esos casos, la autonomía no se pierde y siempre en consecuencia es posible cambiar la línea de acción *para sí* aunque ello nunca llegue a pasar.

Así, un contrato de esclavitud, por ejemplo, en virtud del cual uno renuncia a su autonomía, sería inviable no porque no haya tenido origen autónomo, sino porque su objeto sería imposible. La autonomía no se pierde ni siquiera en las decisiones hacia uno mismo.

De esta manera, lo que no resulta posible es prohibir a adultos en pleno ejercicio de sus facultades mentales y que actúan con consentimiento la realización de conductas que no afectan a terceros, bajo el argumento de que afectan su *propia* dignidad o algún sentido objetivo de dignidad que, supuestamente, más allá de su autonomía, les puede ser impuesto. Por ello, por ejemplo, es cuestionable la Ley francesa 1192-2010, del 11 de octubre, que prohíbe a las mujeres el uso del *burka* en los espacios públicos, cuando menos, en lo que atañe al argumento de que ello resulta necesario puesto que su uso degrada a la mujer²²³. Prohibir a una mujer adulta y en pleno uso de sus facultades mentales usar el *burka*, porque viola su dignidad, conlleva justamente tratarla como simple medio y no como fin en sí mismo; implica cosificarla

²²² Cfr. Kant, I., «Fundamentación para una metafísica de las costumbres», ob. cit., p. 80. La cursiva es del original.

²²³ Conviene tener presente, no obstante, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una decisión controvertida, ha convalidado la prohibición (cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso SAS vs. Francia, de 1 de julio de 2014).

imponiéndole el sentido de dignidad que la mayoría comparte a costa del suyo y prescindiendo de su decisión autónoma²²⁴.

Tampoco resulta convincente el razonamiento del Consejo de Estado francés que en decisión del 27 de octubre de 1995, convalidó la prohibición del «lanzamiento de enanos» en ciertos establecimientos de un municipio. Se trataba de un lanzamiento, con la debida protección, a corta distancia sobre un colchón neumático. El Consejo argumentó, entre otras cuestiones, que se trataba de una actividad que atentaba contra la dignidad de la persona, la cual fue considerada uno de los elementos del orden público²²⁵. El señor Wackenheim, una de las personas que laboraba sometiendo a este tipo de lanzamientos, había solicitado la nulidad del bando por el que el alcalde de *Morsang-sur-Orge* prohibía ese tipo de actos en su municipio. Wackenheim, posteriormente, acudió al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el cual concluyó que la prohibición del lanzamiento de enanos era «una medida necesaria para proteger el orden público, en el que intervienen en particular consideraciones de dignidad humana»²²⁶. No se observa en qué medida puede haber una idea de dignidad que prohíba a un adulto una conducta consciente y autónomamente decidida, sin que ello conlleve cosificarlo²²⁷.

Por las mismas razones no puede coincidir con el razonamiento del Tribunal Constitucional Federal alemán al convalidar la censura de los denominados *Peep-Show Fall* –un procedimiento que consistía en que el usuario ingresaba a una cabina individual pudiendo apreciar una sesión de *striptease* insertando unas monedas que permitían que una ventanilla oscurecida se transparente–, bajo el argumento de que resultaban lesivos del valor de la dignidad humana²²⁸.

Y, aunque es un terreno que merecería un tratamiento aparte en el que aquí no se ingresará, en ocasiones también en el plano de la bioética o la biomedicina, con implicancias jurídicas, se pretende argüir un concepto de dignidad objetivo, más allá

²²⁴ Tal como señala B. Aláez, la referida prohibición parte de un concepto de dignidad que se aleja del valor de la autonomía individual, basándose en la paradójica idea de «todo para la mujer pero sin la mujer» (cfr. Aláez, B., «Símbolos religiosos y ejercicio de derechos fundamentales en los espacios públicos», en: P. Requejo (coordinadora), *Derechos y espacio público*, Universidad de Oviedo / Procuradora General del Principado de Asturias, Oviedo, 2013, p. 152).

²²⁵ Cfr. Consejo de Estado francés, Ass. 27 octubre 1995.

²²⁶ Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Caso Wackenheim vs. Francia, de 15 de julio de 2002.

²²⁷ La mayoría de la doctrina se ha mostrado contraria a la posición del Consejo de Estado francés (vg. cfr. Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona humana desde la Filosofía del Derecho*, op. cit., 68; también, Veronesi, P., «La dignidad humana: una idea aparentemente clara», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, p. 164, nota 162).

²²⁸ Cfr. *BvervG*, del 15 diciembre 1981, y *BvervG*, del 30 enero 1986. Son justamente criterios como este acerca de la dignidad, los que llevan a N. Hoerster a sostener, contra lo que aquí se opina, que la dignidad humana «no es nada más y nada menos que el vehículo de una decisión moral sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de formas posibles de la limitación de la autodeterminación individual (cfr. Hoerster, N., «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», op. cit., p. 102).

de la subjetividad humana, capaz de limitar la autonomía, sin que se encuentren de por medio los derechos de un tercero. Tal como ha razonado G. Arruego, «son numerosas las ocasiones en las que se tiene la impresión de que, casi de forma inopinada, la dignidad humana de pronto monopoliza la discusión jurídica biomédica (diríase que incluso de manera obsesiva cuando de ciertas materias se trata) y siempre con el mismo sesgo restrictivo y prohibitivo de la libertad individual; y todo ello con manifiestas deficiencias argumentativas y sin haber definido previamente de un modo claro y conciso qué es la dignidad humana, por qué está implicada en el asunto objeto de debate y por qué se extraen de ella las consecuencias que hipotéticamente impone»²²⁹.

En fin, parece más bien afortunado el razonamiento de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos sobre el sentido constitucionalmente correcto de la dignidad y la libertad, al disponer el derecho fundamental de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. Uno de los fundamentos más importantes de la sentencia es el siguiente:

«El derecho a contraer matrimonio es una cuestión fundamental como una cuestión de historia y tradición, pero los derechos no provienen de fuentes antiguas solamente. Surgen, también, de un entendimiento mejor informado sobre cómo los imperativos constitucionales definen una libertad que sigue siendo urgente en nuestra propia época. Muchos de los que consideran equivocado el matrimonio entre personas del mismo sexo llegan a esa conclusión basándose en premisas religiosas o filosóficas decentes y honrosas, y ni ellos ni sus creencias están siendo menospreciadas aquí. Pero cuando esa sincera oposición personal se convierte en ley y en política pública, la consecuencia lógica es que el propio Estado da cierto *imprimatur* a una exclusión que pronto degrada y estigmatiza a aquellos cuya libertad es denegada. Según la Constitución, las parejas del mismo sexo buscan en el matrimonio el mismo trato jurídico que las parejas de sexos opuestos, y negarles este derecho menospreciaría sus decisiones y los denigraría como personas»²³⁰.

El argumento condensa de modo muy aceptable diversos elementos que han ido desarrollándose más arriba: la idea de libertad como autonomía y la de igual dignidad de todos los seres humanos, y muchas concepciones que resultan medulares para su debida protección, tales como la separación entre ética pública y ética pública, el

²²⁹ Cfr. Arruego, G., «El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, ob. cit., p. 419. Como refiere Atienza, un error frecuente en el plano de la bioética es «[s]ustituir (...) el discurso ético racional por invocaciones o palabras prestigiosas ("derecho humano", "dignidad humana", "bien común", etc.) que si no se precisan mínimamente no tienen más que un significado emotivo» (cfr. Atienza, M., «Bioética y argumentación», en: *Bioética, Derecho y argumentación*, op. cit., p. 32).

²³⁰ Cfr. Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. 576 U.S. (2015), *Obergefell v. Hodges*, 26 de junio de 2015, en: <http://www.revistajuridicaupr.org/wp-content/uploads/2015/07/Obergefell-v.-Hodges-esp%C3%B1ol.pdf> (revisada el 17-11-2015), traducción de la Junta Editora del Volúmen LXXXV de la Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico y revisada por W. Vásquez, p. 12.

principio de laicidad, y un pluralismo ideológico y de planes de vida que, mientras se desenvuelvan con respeto por los derechos y las libertades ajenas, el Derecho protege, sin asumir un modelo de vida como imperativo. Bajo estas premisas, es inevitable concluir, por ejemplo, tal como lo hace la Corte Suprema estadounidense que las parejas del mismo sexo se limitan a solicitar «igual dignidad ante los ojos de la ley» y que, por ende, «[l]a Constitución les otorga ese derecho»²³¹.

Asimismo, son justamente las exigencias de respetar la autonomía, las que impiden que una medida paternalista pueda imponerse si es que la persona, estando suficientemente informada, expresa y conscientemente está dispuesta a poner en riesgo una condición para el ejercicio de la autonomía²³². Los miembros de la religión india *sij*, por ejemplo, rehúsan usar el casco de la moto, porque ello les impediría usar el turbante que por imperativo religioso les permite cubrir su cabeza. Por ello el artículo 16.2 de *la Road Traffic Act* de 1988 y el artículo 11º de la *Employment Act* de 1989 en el Reino Unido, permiten acertadamente a quienes profesan esta religión exceptuarse de la obligación de llevar el casco al viajar en moto y en las actividades de construcción²³³. Su decisión ciertamente los sitúa en eventual riesgo de muerte, pero mal se haría al sostener que ella les priva de autonomía, puesto que siempre les es posible cambiar de posición.

Bajo el mismo razonamiento, no es posible forzar a un testigo de Jehová, que por cuestiones de fe se niega a realizarse una trasfusión de sangre, a someterse a ella, aun en la hipótesis de que sea condición necesaria para salvarle la vida. La autonomía, sin embargo, se ha mantenido incólume, puesto que ella es la que dirige su conducta. Actuar en tales circunstancias en contra de su voluntad, constituiría un acto de patente cosificación del ser humano, violándose su dignidad.

Y no cabe, desde luego, razonar en contrario bajo el argumento de que sus creencias religiosas lo colocan en una situación de compulsión interna que nubla su juicio razonable. Pretender asociar un dogma de fe con la razonabilidad empírica o la intersubjetiva, es pretender negar su esencia puesto que si algo caracteriza a la fe es constituir una creencia en algo que no se puede probar o cuyas virtualidades no pueden ser expuestas en el plano de la argumentación intersubjetiva.

²³¹ Cfr. *Idem*, p. 18.

²³² Se parte de la premisa de que en estos casos no estamos ante ningún supuesto de compulsión interna o externa. Es decir, que no estamos ante circunstancias en que se presentan claros condicionantes que afectan el libre ejercicio de su voluntad. Son internos, cuando provienen de la propia persona (ej. las sustancias adictivas) y externos cuando provienen de terceros (ej. una amenaza). Sobre ello puede verse Avilés, M., «A vueltas con el paternalismo jurídico», en: *Derechos y Libertades*, N.º 15, Junio 2006, pp. 238 – 243.

²³³ Cabe resaltar, sin embargo, que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en una decisión cuestionable, considera que incluso en esas circunstancias es obligatorio usar el caso (cfr. *Bhinder vs. Canadá*, Comunicación N.º 208/1986, U.N. Doc. CCPR/C/37/D/208/1986 – 1989–).

Si, como decía Ortega y Gasset, las creencias, a diferencia de las ideas, «constituyen el estrato más profundo de nuestra vida»²³⁴, aunque quizá su irracionalidad pueda llevar a un grupo, incluso mayoritario, a tener la tentación de desconocerlas, parecieran ser suficientemente esenciales en la espiritualidad de los seres humanos, como para confundirlas con compulsiones que minan la voluntad. Le dan contenido, que es distinto. Eso sí, si ha de tratarse de un contenido prescriptivo debe serlo *para sí* y nunca *para otros*, cuando menos no si se trata de una prescripción que pretende ser respaldada a través del uso legítimo de la fuerza.

Y es que seguramente esa es la característica de mayor peso axiológico de la autonomía como principio universal sustentado en la racionalidad moral del ser humano. Esta racionalidad puede alcanzar tantas dimensiones materiales que, al amparo originario de la autonomía, es posible adoptar creencias en la vida *para sí* que desplacen a la defensa de la autonomía en este plano como fin último, sin que ello signifique perderla.

Un ejemplo imaginario puede clarificar esta afirmación. El ejemplo puede denominarse *un mundo moral para dos*. Se tratará de solo dos personas para simplificar la tesis, pero desde luego la idea es que el principio que subyace a ella es de aplicación a toda la humanidad. Imagínese que el mundo es habitado solo por Juan y María. Ambos se encuentran compitiendo por determinar cuál es el valor último que presidirá el Derecho susceptible de ser aplicado a ambos a través de su fuerza institucionalizada. Juan ha formado ciertas convicciones profundas en el devenir de su vida y piensa que ese valor debe ser la vida existencial, mientras que María ha forjado convicciones también profundas, pero distintas, y piensa que debe ser la autonomía. Imagínese que triunfa el pensamiento de Juan. Desde luego, su triunfo no ha variado la forma de pensar de María, puesto que la suya es una convicción moral profunda. Sin embargo, siendo que ahora la defensa de la vida existencial en el valor último del Derecho, ¿puede ella actuar en su vida *para sí* asumiendo aún que lo es la autonomía?, ¿puede hacerlo a costa de la vida existencial? Lo cierto es que no puede; si pretende hacerlo, la fuerza del Derecho actuará sobre ella para evitar la afectación del valor supremo. Imagínese ahora que triunfa la posición de María y la defensa de la autonomía se convierte en el valor último protegido por el Derecho. ¿Puede Juan en su vida *para sí* continuar asumiendo que el supremo valor es la vida existencial incluso a costa de su propia autonomía? Si dicha convicción la ha adquirido autónomamente, nada se lo impide, y desde luego, merced a la autonomía no perdida, puede cambiar de convicción en el futuro. En definitiva, si triunfa Juan solo su pensamiento tiene

²³⁴ Cfr. Ortega y Gasset, J., Ideas y creencias, 4ta. Edición, Alianza editorial, Madrid, 1999, p. 14.

espacio para el Derecho, si triunfa María el pensamiento de ambos puede convivir en paz al amparo del Derecho. Esa es la fuerza axiológica de la autonomía como valor último y universal. Con su triunfo plurales valores *para sí* se mantienen a buen recaudo. El triunfo de cualquier otro tarde o temprano hace de muchos o algunos seres humanos objetos de creencias ajenas. El aporte kantiano es, pues, extraordinario.

Por estas razones no se puede estar de acuerdo con la STC 120/1990 en la que el Tribunal Constitucional español convalidó la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre, quienes consciente y expresamente habían asumido el riesgo para la integridad personal y la propia vida que la huelga generaba.

Solo si se aprecia la vida propia como un bien objetivo y ajeno a la subjetividad humana (heterónomo) es posible actuar contra la voluntad de la persona en estos casos. Pero ello viene sustentado (tal como ocurre parcialmente en la sentencia) en una mal entendida dimensión objetiva del derecho fundamental a la vida, que comúnmente disfraza a Dios (es decir, las creencias religiosas que no tienen cabida como argumentos jurídicos en un Estado laico) de Constitución (es decir, de supuestos argumentos constitucionales).

Desde luego, los derechos fundamentales son valores objetivos del ordenamiento, pero esta dimensión escapa de la ética del constitucionalismo si se la sitúa al margen o peor aún en contra de su dimensión subjetiva que es la que descansa en la autonomía moral de la persona. Cuando la dimensión objetiva de los derechos se utiliza para aplacar la autonomía moral del ser humano, lo que bajo las sombras en realidad se hace es someter bajo la voluntad de las mayorías, sustentada en ciertos prejuicios convencionales, a la voluntad de una persona, objetivándola, y por ende, negando su dignidad.

Si se tiene en cuenta lo expuesto, que se trate o no de una persona recluida en un penal bajo una relación de sujeción especial, resulta jurídicamente irrelevante. La autonomía moral es, bajo los términos expuesto, inalienable, por ende, sus alcances no se desvanecen merced al estatuto carcelario de un individuo.

La sentencia bajo comentario tiene además una afirmación llamativa:

«Tiene (...) el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo» (F. J. 7).

El razonamiento parece ser el siguiente: el ámbito de libertad general de acción del ser humano que se desenvuelve fuera del ámbito protegido por los derechos fundamentales expresamente reconocidos, no conlleva un derecho subjetivo a su ejercicio; es solo libertad fáctica, no jurídica.

La tesis es, por decir lo menos, peligrosa, puesto que si no se trata de una libertad jurídica, es decir, de una libertad que tengo «derecho» de ejercer, los límites que a ella imponga el Estado no requerirán justificación jurídica alguna.

Se trata de una tesis que parte de un postulado distinto del que parte, por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana, la cual ha señalado con atino que el derecho al libre desarrollo de la personalidad «condensa la libertad *in nuce*, porque cualquier tipo de libertad se reduce finalmente a ella. Se trata por lo tanto del derecho a la libertad general de actuación, que comprende no sólo los específicos derechos de libertad consagrados por la Constitución (libertad de cultos, de conciencia, de expresión e información, libertad de escoger profesión u oficio, libertades económicas, etc.) sino también el ámbito de autonomía individual no protegido por ninguno de estos derechos»²³⁵.

Análogo razonamiento tiene el Tribunal Constitucional peruano:

«En el Estado Constitucional, la (...) libertad natural se traduce en una libertad jurídica protegida constitucionalmente, de forma tal que todo acto orientado a limitarla debe, de modo obligatorio, encontrarse constitucionalmente justificado. Este principio medular encuentra expresión en el artículo 2º, inciso 24, literal a), de la Constitución, conforme al cual “[n]adie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; aunque, como se ha dicho, tal obligación o prohibición legal sobre el ejercicio de la libertad, no puede ser cualquiera, sino solo aquélla que encuentre sustento en los propios valores constitucionales. (...). A juicio del Tribunal Constitucional (...) existe un derecho subjetivo fundamental que cobija en su contenido constitucionalmente protegido esta libertad general *iusfundamental*. Tal derecho (...) es el derecho al libre desarrollo de la personalidad»²³⁶.

En el contexto español, en cambio, no se reconoce en su jurisprudencia que esta libertad general puede tener amparo en algún derecho fundamental específico. Por ello en la doctrina suele hablarse tan solo de *principio general de libertad*²³⁷; de un *principio de libertad*²³⁸, o de una *cláusula general de libertad*²³⁹. Y por ello la doctrina

²³⁵ Cfr. Sentencia C-355/06.

²³⁶ Cfr. STC 0032-2010-PI, FF. JJ. 19 y 21.

²³⁷ Cfr. Jiménez, J., Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en: O. Alzaga (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales / EDESA, Madrid, 1997, p. 464.

²³⁸ Cfr. Rubio Llorente, F., «Principio de legalidad», en: *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993, p. 353.

española señala que «[l]a persona está constreñida en su elección a la delimitación del objeto del derecho hecha en el enunciado constitucional que lo contiene y sus actuaciones son dignas de garantía iusfundamental no por el simple hecho de que no estén prohibidas por el ordenamiento, sino a condición de encajar en la definición constitucional del objeto del derecho fundamental»²⁴⁰.

Se trata ciertamente de una alternativa problemática, pues, como se ha visto lleva a la conclusión de que los ámbitos de libertad que no están protegidos por el contenido de alguna libertad o derecho específicos, no dan lugar a derechos subjetivos. Así, si en Colombia o Perú el Estado impusiese un corte de pelo a sus ciudadanos, como ocurrió en Corea del Norte²⁴¹, no habría ningún debate acerca de qué derecho fundamental viola la medida; violaría el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, es decir, la cláusula general de libertad que no constituye tan solo un espacio de *agere licere* como afirma el Tribunal Constitucional español, sino un ámbito de derechos subjetivos. En España, en cambio, habría que construir hermenéuticamente la tesis que permita presentar un amparo contra semejante obligación (la cual seguramente discurriría por considerarla prohibida por el derecho fundamental a la identidad, la propia imagen, la vida privada, o alguno semejante).

Bajo los designios del valor de la autonomía, lo que no está válidamente prohibido o exigido, está permitido, *ergo*, existe el derecho de realizarlo y si existe el derecho de realizarlo, qué duda cabe, puedo recabar el auxilio de los poderes públicos para remover los obstáculos que pretendan impedir su ejercicio²⁴². Y si se quiere prohibir tal ámbito de libertad, al tratarse de un espacio de libertad jurídica (y no fáctica como sostiene la sentencia), se requerirá de una justificación jurídica para ello, debidamente sustentada en última instancia en la protección del propio valor de la dignidad. Si de respetar la autonomía se trata, la regla es la libertad jurídica, a saber, la cláusula general de libertad *iusfundamental* de la que habla Prieto, la cual, en sus

²³⁹ Cfr. Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005, p. 70.

²⁴⁰ Cfr. Presno, M., «Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, ob. cit., p. 381.

²⁴¹ Los ciudadanos nor-coreanos solo pueden lucir alguno de 28 estilos oficiales de peinado, de los cuales hay 18 opciones para las mujeres y solo 10 para los hombres (cfr. <http://larepublica.pe/26-03-2014/corea-del-norte-kim-jong-un-impone-corte-de-pelo-a-todos-los-ciudadanos>, revisada el 13-11-2015).

²⁴² En esta afirmación se parte de la premisa de que deben evitarse los peligros sobre los que prudentemente llamaba la atención I. Berlin, vinculados a la posibilidad de que el sentido de la libertad positiva (el ser dueño de uno mismo) sea pervertido por los condicionamientos, por ejemplo, de un tirano (cfr. Berlin, I., «Dos conceptos sobre la libertad», en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1988, p. 133 y ss.). Desde luego, condiciones esenciales para una real y no aparente o viciada autonomía (libertad positiva en los términos de Berlin), son la libertad de pensamiento, de conciencia, de expresión, de información, entre otras. A lo que se suma el deber de inexistencia de obstáculos arbitrarios para su ejercicio (libertad negativa en los términos de Berlin). A ello coadyuvan la libertad personal, el derecho de reunión, de asociación, de elegir y ser elegido, entre otros.

palabras, «viene a equilibrar una balanza que de otro modo quedaría truncada en favor de la autoridad»²⁴³.

Puede afirmarse, de esta manera, que el imperativo de la autonomía exige respetarla incluso si autónomamente se decide eliminar una condición necesaria para poder ejercerla. La penalización del homicidio piadoso, es, por ello, contraria a la dignidad²⁴⁴. Lo que parece ser necesario para que la denominada eutanasia se realice válidamente es que se respeten ciertas condiciones que redundan en la protección de la dignidad, como pueden ser: la verificación rigurosa por un profesional de la salud y un juez de la situación real del paciente, de la madurez de su juicio y de la voluntad inequívoca de morir; el consentimiento informado; que la petición sea expresada en más de una ocasión y luego de transcurrido un término razonable entre las mismas; que todos los intervinientes se preocupen exclusivamente por la dignidad del enfermo; que sea realizada como *ultima ratio*, es decir, cuando ya no existen medios paliativos del dolor; exigiendo que la muerte sea causada a través de un medio que no genere en sí mismo sufrimiento.

Tal como ha razonado la Corte Constitucional de Colombia, de modo plenamente compatible con el sentido de la dignidad humana,

«La Constitución se inspira en la consideración de la persona como un sujeto moral, capaz de asumir en forma responsable y autónoma las decisiones sobre los asuntos que en primer término a él le incumben (...) y, por tanto, si la manera en que los individuos ven la muerte refleja sus propias convicciones, ellos no pueden ser forzados a continuar viviendo cuando, por las circunstancias extremas en que se encuentran, no lo estiman deseable ni compatible con su propia dignidad, con el argumento inadmisibles de que una mayoría lo juzga un imperativo religioso y moral. (...). Nada tan cruel como obligar a una persona a subsistir en medio de padecimientos oprobiosos, en nombre de creencias ajenas, así una inmensa mayoría de la población las estime intangibles. Porque, precisamente, la filosofía de la Carta se cifra en erradicar la crueldad. (...). Si el respeto a la dignidad, irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en que se encuentra el individuo y su posición frente a la vida para sí. (...) [E]l derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad»²⁴⁵.

En definitiva, la dignidad humana es la capacidad que debe reconocérsele a todo ser humano, por su sola condición de tal, en tanto entidad moral, de ejercer su autonomía, es decir, de poder formar sus propias convicciones morales y construir su

²⁴³ Cfr. Prieto, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 259.

²⁴⁴ Cfr. Rivera López, E., «Eutanasia y autonomía», en: *Problemas de vida o muerte*. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 67 – 77.

²⁴⁵ Cfr. Sentencia C-239/97.

propio proyecto de vida, siempre que al hacerlo no impida que sus congéneres puedan hacer lo mismo.

En ese sentido, la autonomía solo puede ser restringida para proteger la de los demás o para resguardar las condiciones básicas para ejercerla. Por imperativo de la autonomía, esto último no es válido, si la persona debidamente informada y no sometida a compulsión, decide arriesgar o eliminar alguna de tales condiciones. Si no se respetan estos criterios al ser humano pasa a tratársele como simple objeto, se le instrumentaliza o cosifica, negándole su condición de fin en sí mismo, y, por consiguiente, afectando su dignidad.

La dignidad humana, así entendida, es el valor último que fundamenta los derechos fundamentales de la persona, los cuales, en consecuencia, pueden ser entendidos como derechos subjetivos que permiten la cobertura de necesidades básicas para el desarrollo de la autonomía, y por consiguiente, para la defensa de la dignidad humana.

2.4 Dignidad humana, menores de edad, personas con discapacidad y personas privadas de discernimiento.

Ahora bien, así como se encuentra planteado el sentido de la dignidad deja abierta la pregunta de qué sucede con las personas que no se encuentran en capacidad de ejercer su autonomía. E incluso una pregunta anterior: ¿quién es una persona autónoma para el Derecho? Desde luego, la respuesta no puede quedar librada a lo que cada Derecho discrecionalmente establezca. Si así fuere, la fuerza normativa de la dignidad humana quedaría sencillamente desvirtuada. Puede anticiparse, eso sí, que la respuesta a la interrogante no es absoluta, sino relativa. Es decir, aunque en abstracto tiene algunos aspectos claros, también tiene otros que se mantienen en una zona de penumbra.

Existe, desde luego, la tentación de afirmar simplemente que es capaz jurídicamente –y, por consiguiente, se encuentra en pleno ejercicio de su autonomía moral– quien el Derecho considera mayor de edad y no se encuentra incurso en alguna causal de incapacidad. No obstante, no parece razonable sostener que un menor de edad en cualquier circunstancia carece de autonomía²⁴⁶. Ciertamente, hay casos claros en que carece de ella. Esa es la situación del *nasciturus* y la de un niño

²⁴⁶ Hace algunos años N. McCormick llamaba la atención sobre el reto que los derechos de los menores de edad representaban para la construcción racional del fundamento de los derechos humanos (cfr. McCormick, N., «Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», traducción de M. Carreras y L. Martínez Pujalte, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 5, 1988, pp. 293 – 306.

en sus primeros años de vida, por ejemplo. Pero sobre la base de la progresiva madurez psicológica del menor, también resulta razonable asumir un progresivo ejercicio de su autonomía, es decir, de su capacidad para tomar decisiones determinantes que inciden sobre su esfera subjetiva y solo sobre ella, incluso antes de alcanzar la mayoría de edad.

De hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene establecido que «los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (...). En consecuencia, el aplicador del [D]erecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos»²⁴⁷.

En el ámbito de la doctrina, O. Díaz²⁴⁸ no solamente señala que los menores emancipados alcanzan patentemente un mayor ejercicio de su autonomía, sino que en el caso de los no emancipados puede sostenerse que a partir de los 14 años gozan de una capacidad *iuris tantum* para ejercer su derecho a la libertad religiosa y decidir si recibe o no enseñanza religiosa, ejercer el derecho a objetar en conciencia el seguimiento de cierta materia curricular, ser dispensado de asistir a clases el día de descanso religioso, recibir alimentación acorde con sus creencias y llevar los signos distintivos religiosos que desee. En el ámbito sanitario, el mismo autor considera que la edad debe ser elevada a 16, a menos que el sistema jurídico le permita emanciparse antes, y bajo tales condiciones poder tomar decisiones que no comprometan su vida existencial o de manera relevante su integridad personal, aunque se muestra mucho más cauteloso si la decisión puede comprometer su vida o gravemente su integridad personal.

En el marco de la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, ha reconocido la autonomía de los menores de edad entre 14 y 18 años en relación con la toma de ciertas decisiones que atañen a su sexualidad, motivo por el cual ha considerado inconstitucional el tipo penal que penaliza las relaciones sexuales de mayores de edad con menores de edad cuando el bien jurídico que el tipo pretende proteger es la indemnidad sexual del menor, y no su libertad sexual, es decir, cuando se asume que a la tipicidad de la conducta se suma la antijuridicidad, con prescindencia de si el menor de edad ha prestado o no su consentimiento. A juicio del

²⁴⁷ Cfr. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 199.

²⁴⁸ Cfr. Díaz, O., *El derecho constitucional de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos*, Palestra, Lima, 2010. Puede verse un sistemático resumen de las conclusiones del autor en el prólogo del libro elaborado por J. Ferrer, pp. 14 – 16. Sobre el tema, pero desde una perspectiva filosófica, puede verse el profundo trabajo de I. Campoy, *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.

Tribunal, pretender proteger la indemnidad sexual del menor de edad entre 14 y 18 años supone asumir que no se encuentra en capacidad de ejercer su libertad sexual en ninguna medida, lo cual resulta inconstitucional por partir de la presunción *iure et de iure* de que el menor de edad carece de autonomía en ese ámbito²⁴⁹.

Así las cosas, con todo lo nebuloso que pueda ser el panorama, lo cierto es que, bajo ciertas condiciones –que seguramente será recomendable evaluar caso por caso– los menores de edad también pueden encontrarse en ejercicio de su autonomía moral.

El asunto tampoco puede abordarse sin matices en relación con las personas con discapacidad mental. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer tratado de derechos humanos que asume el modelo social, desde el cual la discapacidad deja de ser entendida como una anormalidad del sujeto, y comienza a ser contemplada más bien como una anormalidad de la sociedad²⁵⁰. El artículo 12.2 de dicha Convención establece que «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

Este modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con deficiencias. Asimismo, apunta hacia la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades²⁵¹.

El referido modelo social ha sido respaldado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar que en la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, «se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una

²⁴⁹ Cfr. STC 0008-2012-PI. Ahora bien, desde luego, una cosa es sostener que los menores de edad entre 14 y 18 años gozan de autonomía en el ámbito de su sexualidad, y otra, muy distinta, considerar conveniente que mantengan relaciones sexuales. La sentencia se muestra de acuerdo con una política pública que advierta de los riesgos de sostener relaciones sexuales a temprana edad.

²⁵⁰ Cfr. Asís, R. de, «Algunas reflexiones derivadas de la discapacidad desde la teoría de los derechos», en: I. Campoy y A. Palacios (compiladores), *Derechos humanos y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 19. También, véase Asís, R. de, Barranco, M. C., Cuenca, P., Palacios, A., «Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español», en: P. Cuenca (editora), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 11 - 33.

²⁵¹ Cfr. Palacios, A., «¿Modelo rehabilitador o modelo social? La persona con discapacidad en el Derecho español», en: I. Campoy y A. Palacios (compiladores), *Derechos humanos y discapacidad*, ob. cit., pp. 245 y 246.

deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva»²⁵².

En virtud de las consecuencias normativas derivadas de la asunción del modelo social, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado que «[t]oda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo e indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en colisión con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, consagrado en el párrafo 2 del artículo 12, por lo que los Estados Parte deberán modificar o derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad»²⁵³.

Así las cosas, todo conduce a concluir que una normativa que parta de la premisa de que una persona que adolece de discapacidad mental, por ese solo hecho, carece de la capacidad de ejercer su autonomía, es una normativa que atenta en definitiva contra su dignidad. Lo correcto es partir de la premisa inversa, es decir, de que dicha persona cuenta con plena capacidad de goce y de ejercicio, sin perjuicio de lo cual el Estado se encuentra en la obligación de instituir todo un sistema articulado de apoyos y salvaguardias que le permitan dicho ejercicio en igualdad²⁵⁴.

Queda por analizar el caso de los seres humanos que inequívocamente se encuentran privados de discernimiento, es decir, que se encuentran en absoluta incapacidad de ejercer su autonomía sea porque no la tienen desarrollada ni en mínimo grado, porque nunca podrá verificarse dicho desarrollo o porque habiéndolo ostentado se ha perdido del todo. Los ejemplos respectivos pueden ser un bebé en sus primeros meses, un feto anencefálico y un enfermo en estado vegetativo.

Si en el caso de las personas que cuentan con capacidad de juicio moral la racionalidad como fundamento de la dignidad y el entendimiento de ella como autonomía son los criterios que alcanzan superlativa dimensión, en los casos mencionados es el fundamento biológico de la dignidad humana y su entendimiento como la necesidad de tratar a un ser humano como fin en sí mismo y nunca como simple medio, los que cobran toda virtualidad. También en estos casos se exige un escrupuloso respeto por la dignidad.

²⁵² Cfr. Caso Furlán y familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 133.

²⁵³ Cfr. Naciones Unidas, *Estudio temático de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención*, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.

²⁵⁴ R. de Asís, sobre la base de una visión integral del modelo social con el modelo de la diversidad, propone, justamente, abandonar la idea de dignidad bajo la premisa del ser humano abstracto titular de derechos en igualdad formal, y apreciarla más bien, entre otras consideraciones, como el valor que exige suministrar las condiciones para que todo ser humano, con prescindencia de su particular situación, tenga la oportunidad de construir el plan de vida elegido y de ejercer sus derechos. Este es el planteamiento que recorre su trabajo *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

Y la razón de ello no parece ser el entendimiento de la autonomía como una propiedad disposicional, es decir, como una característica presente en todo ser humano, pero que requiere de ciertas condiciones para manifestarse. El argumento podría ser útil en el caso de los recién nacidos, pero por obvias razones no lo es en el caso del feto anencefálico o de quien existiendo la ha perdido sin embargo para siempre.

Tampoco resulta del todo convincente el argumento de que hay que reconocerles dignidad porque finalmente se trata de seres que pertenecen a una especie de naturaleza racional, aunque ellos carezcan individual y excepcionalmente de dicha racionalidad. En esta argumentación el fundamento último sigue siendo la racionalidad, y más allá de que postulado el asunto de modo abstracto y genérico puede resultar en principio persuasivo, en el plano concreto e individual siempre quedaría la deuda de sustentar cómo el fundamento puede ser extrapolable a seres humanos que carecen de ella.

En estas circunstancias, es la sola condición humana la que debe ser asumida como un valor intrínseco, con prescindencia de que carezca del valor de la racionalidad²⁵⁵. Es claro que si se encuentra presente la racionalidad, aquel valor intrínseco no se impone a la vida *para sí* al margen del sentido que uno mismo quiera darle, pero ello es distinto a sostener que si no se encuentra presente el juicio moral la existencia humana desaparece como valor intrínseco. Tal como sostiene R. Dworkin, más allá de perspectivas metafísicas específicas que pueden o no estar presentes, la condición humana inspira respeto aunque solo sea por el sentido sagrado que subyace a la acción de la naturaleza que conlleva a la formación de un ser humano. Dice así el autor estadounidense:

«Consideramos de capital importancia la conservación y prosperidad de nuestra propia especie porque creemos –si somos religiosos del modo convencional- que constituimos el logro más excelso de la creación de Dios, o –si no lo somos- de la evolución, y también porque sabemos que todo el conocimiento, el arte y la cultura desaparecerían si la humanidad desapareciera. Tal combinación de naturaleza y arte –dos tradiciones de lo sagrado- respalda la afirmación ulterior, y más dramática, de que cada vida humana individual es también inviolable en sí misma, pues cada vida humana individual, en sí misma, puede ser comprendida como el producto de las dos tradiciones creativas»²⁵⁶.

²⁵⁵ Como bien advierte M. C. Barranco una mala entendida universalidad que agote la idea de dignidad en la idea de autonomía, y un individualismo que identifique la titularidad de derechos con el ser humano abstracto, sin tomar en consideración su situación concreta, son peligrosos para una teoría adecuada de la justicia (cfr. Barranco, M. C., «Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo», ob. cit., p. 28 y ss).

²⁵⁶ Cfr. Dworkin, R., *El dominio de la vida*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 110.

Es esta consideración la que lleva a sostener que todo ser humano por pertenecer a una especie humana es digno, aun en la circunstancia en la que excepcionalmente se encuentre privado de racionalidad. Ese ser no es un objeto, sino un valor intrínseco, un fin en sí mismo. Por ende, debe ser tratado como tal, es decir, nunca como un simple medio, cosificándolo o instrumentalizándolo.

En ese sentido, se coincide con Garzón Valdés cuando afirma que «[l]a adscripción de dignidad humana a un ser X presupone la verdad del enunciado descriptivo que afirma que X es un ser viviente que pertenece a la especie humana, cualquiera que sea su edad o su estado mental o físico»²⁵⁷, para más adelante complementar señalando que «la dignidad es adscripta a todo ser que pertenezca a la especie humana, aun cuando no sea capaz de tener conciencia de ella o de expresarla»²⁵⁸. Esto último ha sido expresado por J. Ansuátegui en estos términos: «la falta de capacidad para desarrollar aspectos subjetivos de la dignidad no excluye la reivindicación de las exigencias de la dignidad objetiva»²⁵⁹.

Ahora bien, eso es una cosa, y otra, muy distinta, el sostener, en términos generales, que dado que ello es así es poco satisfactorio vincular la dignidad con la capacidad de elegir el propio comportamiento²⁶⁰. Ciertamente, es poco satisfactorio vincular la dignidad con la autonomía allí donde esta no existe. Pero la relación es conceptualmente inatacable allí donde se está ante un ser en ejercicio de su juicio moral. Con todo lo problemático que pueda ser en determinados casos, una vez que quedan despejadas las dudas y se puede afirmar con certeza que la persona está en ejercicio válido de su autonomía, asumir que el sentido de la dignidad *para sí* es algo objetivo y que, por consiguiente, puede serle externamente determinado, conllevará tratarla indignamente, es decir, como un ser inerte, como un objeto de ideas o creencias ajenas.

Por lo demás, el respeto por la dignidad como valor intrínseco parece poder trascender no solo a la autonomía, sino también a la propia existencia biológica. Ello es así porque si bien la muerte determina el fin de la exigibilidad jurídica de diversos derechos humanos, no resulta razonable sostener que ello ocurra con todos. Pareciera irrazonable, por ejemplo, afirmar que se puede violar el honor o revelar información relativa a la intimidad de un ser humano fallecido. Y el asunto no parece solucionarse

²⁵⁷ Cfr. Garzón Valdés, E., «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», en: *Propuestas*, Trotta, Madrid, 2011, p. 65.

²⁵⁸ Cfr. Garzón Valdés, E., «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», ob. cit., pp. 71 – 72.

²⁵⁹ Cfr. Ansuátegui, J., «Derechos fundamentales y dignidad humana», en: *Papeles el tiempo de los derechos*, N.º 10, 2011, p. 16.

²⁶⁰ Garzón parece deslizar esta tesis (cfr. «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», ob. cit., pp. 72 – 73).

afirmando que siempre queda la titularidad del honor o la intimidad familiar, no solo porque ello es un asunto contingente (puede que no queden familiares directos sobrevivientes), sino porque la dignidad es intrínsecamente individual²⁶¹.

Garzón Valdés se muestra claramente contrario a la idea de que la dignidad trascienda la muerte: «No alcanzo a entender –afirma– cuál es el ser portador de la dignidad de una persona muerta; pareciera que la dignidad no es ya un atributo de la persona sino un ente especial que “sobrevive” a la persona muerta, “un valor que no muere”. Me cuesta aceptar que una persona muerta pueda sentirse afectada en su dignidad»²⁶².

En primer término, resulta discutible que la razón fundamental por la que el profesor argentino se opone a la posibilidad sea porque, ciertamente, la persona muerta ya no puede sentirse afectada en su dignidad. Si ese es el argumento medular, no parecería entonces existir inconveniente en violar el honor o la intimidad de una persona en estado vegetativo, pues no se sentirá mellada en forma alguna. Es más que dudoso que Garzón esté dispuesto a aceptar esta posibilidad.

Lo cierto es que en el caso de personas privadas de discernimiento, sea cual fuere la razón de tal carencia (y ciertamente la muerte es una de ellas), la dignidad se mantiene como algo consubstancial a la condición humana y puede proyectarse más allá de la muerte si sus concretas manifestaciones así lo permiten. Es cierto que en tales circunstancias habrá que actuar en representación de la persona, y en tal sentido, atribuir –seguramente en base a ciertas convenciones– un sentido razonable a una voluntad que ya no puede ser manifestada, pero no se tratará de una labor más compleja que aquella que tiene lugar cuando se realiza un acto análogo en relación con una persona viva privada de juicio moral.

No se puede relevar, por ejemplo, que una persona en estado vegetativo es portadora del VIH, pues convencionalmente puede razonablemente asumirse que esa información forma parte de su derecho a la intimidad. Se trataría de una violación actual de la dignidad de la persona que aún es, a pesar de que no puede manifestar su voluntad. Pero tampoco puede revelarse esa información en relación con una

²⁶¹ Que la dignidad sea un valor individual y que aquí se la haya asociado en el caso de los seres racionales con la autonomía, no debe llevar a confundir la defensa de la dignidad como valor supremo con una tesis individualista, cuando menos no si por individualismo se entiende la preeminencia de los planes vitales en los que cada ser humano protege su mayor utilidad, prescindiendo absolutamente de la solidaridad frente a sus congéneres. No hay ninguna asociación conceptual necesaria entre autonomía e individualismo, puesto que en ejercicio de la autonomía uno puede renunciar a parcelas de libertad en aras de una vida comunitaria (piénsese simplemente en la decisión de casarse o de tener hijos, por ejemplo), puede adoptar patrones de excelencia humana eminentemente solidarios e incluso darle prioridad a planes de vida sustentados en valores comunitaristas.

²⁶² Cfr. Garzón Valdés, E., «¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?», ob. cit., p. 67 (nota 67).

persona muerta, pues se trataría de una violación actual de la dignidad de la persona que *fue*, y que por ello no puede manifestar su voluntad.

Ante la ausencia de autonomía, la dignidad como respeto a la condición humana trasciende de ella. Que tal ausencia sea consecuencia de la muerte o no, parece ser a estos efectos un asunto inocuo, cuando menos, con relación a determinados derechos fundamentales.

Desde luego, toda medida orientada a proyectar el sentido de la decisión autónoma para aquellos casos eventuales en los que no pueda ejercérsela más, es fundamental, pues permiten que trascienda el valor de la autonomía. En ese sentido, la institucionalización, por ejemplo, de los denominados testamentos vitales²⁶³, se juzga adecuada para reducir los escenarios en los que deba adoptarse decisiones relativas a la propia vida de los seres humanos sin poder conocer el sentido de su voluntad.

2.5 Reconocimiento jurídico de la dignidad humana en los Estados Constitucionales y las reglas de dignidad inderrotables.

La defensa de la dignidad humana, entendida en el sentido que se ha descrito, como se ha dicho, es el fin supremo de los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales, sea porque lo establecen expresamente, sea porque se puede arribar a ello vía interpretación. Justamente de ello deriva la importancia de haberle encontrado un sentido que resulte lo suficientemente concreto como para revestir relevancia en el razonamiento jurídico práctico.

En el caso peruano, por ejemplo, el artículo 1° dispone que la «[l]a defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado». Se trata de un fin que, a juicio del Tribunal Constitucional peruano, moralmente preexiste al orden jurídico, pero merced a su incorporación en él se convierte en vinculante: «si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales (comúnmente, en la Norma Fundamental de un ordenamiento) es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas

²⁶³ El testamento vital «es una institución (...) que permite al paciente mayor de edad y capaz de prestar su consentimiento, establecer por escrito su aceptación o rechazo de medidas curativas o intervenciones médicas para el caso de que pierda dicha capacidad de consentir, por ejemplo, a causa de una enfermedad, de un accidente o debido a su edad» (cfr. Mayer, L., «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º XXXVII, 2do. Semestre, 2011, p. 405).

concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado»²⁶⁴.

El artículo 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 establece que «[l]a dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección», mientras que su artículo 1.2 agrega que «[p]or ello, pueblo alemán reconoce los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». En base a ello se ha dicho con razón que en Alemania se ha entendido que la dignidad humana «reduce los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Fundamental a unidad sistemática, por más que al afecto se hayan desarrollado perspectivas bien diferentes»²⁶⁵.

En España el artículo 10º de la Constitución de 1978 dispone lo siguiente: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». Tal como está redactado el precepto, la dignidad, en principio, parecería compartir su condición de fundamento último del orden político con otros valores. Ello pareciera ser aún más probable si se toma en cuenta que el artículo 1º reza así: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional español ha señalado lo siguiente: «Los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), se erigen en los fundamentos del propio Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) que no pueden ser menoscabados en ningún punto del territorio nacional, asignándole al Estado la Constitución la función de regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en su ejercicio»²⁶⁶. Quiere ello decir que si del sentido de la dignidad humana derivan los derechos y son ellos el fundamento del propio Estado, la defensa de la dignidad humana se posiciona como el fin supremo último. Así, más allá de su posición sistemática dentro de la Constitución española, el artículo 10.1 contiene el fundamento material último del sistema jurídico español, siendo los valores superiores contenidos en el artículo 1º o manifestaciones

²⁶⁴ Cfr. STC 1417-2005-PA, F. J. 2.

²⁶⁵ Cfr. Gutiérrez, I., *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid / Barcelona, 2005, p. 25.

²⁶⁶ Cfr. STC español 194/1994, F. J. 4. En línea similar, el mismo Tribunal ha señalado que «la Constitución española de 1978 al proclamar que el fundamento “del orden político y de la paz social” reside, en primer término, en “la dignidad de la persona” y en “los derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1 CE), expresa una pretensión de legitimidad y, al propio tiempo, un criterio de validez que, por su propia naturaleza, resultan universalmente aplicables» (Cfr. STC español 91/2000, F. J. 7).

de la dignidad o valores superiores que deben perseguirse para poder garantizar aquella.

En Colombia, el artículo 1° de la Constitución de 1991 dispone que es una República «fundada en el respeto de la dignidad humana». Sobre el particular, se ha dicho con acierto que «[l]a totalidad de decisiones rendidas por la Corte Constitucional colombiana relacionadas, directa o indirectamente con la dignidad humana reconocen que ésta es un principio positivo del [D]erecho [C]onstitucional, fundamento del ordenamiento jurídico actual, sin el cual la naturaleza de la Constitución sería totalmente transformada»²⁶⁷.

Y, desde luego, los ejemplos podrían multiplicarse tomando en cuenta lo previsto en las constituciones de las democracias occidentales y/o la jurisprudencia de sus tribunales supremos de interpretación.

Pues bien, recordando el sentido de dignidad humana desarrollado más arriba este puede dividirse en su aplicación, en primer lugar, a aquellas personas que se encuentran en válido ejercicio de su autonomía, y en segundo término, a todos los seres humanos con prescindencia de cuál sea su condición.

Una persona se encuentra en válido ejercicio de su autonomía siempre que se cumpla una condición intrínseca y otra extrínseca. La primera consiste en ser, todas las cosas consideradas, jurídicamente capaz y no encontrarse sometido a compulsión. La condición extrínseca consiste en no afectar libertades y derechos de terceros.

Para este primer grupo de seres humanos la dignidad humana consiste en la capacidad que debe reconocérseles y garantizárseles²⁶⁸, por su sola condición de tales, de formar sus propias convicciones morales y construir su propio plan de vida. Se trata de la dignidad humana entendida como respeto por la autonomía moral y constituye la razón por la que el ser humano es considerado un fin en sí mismo. Aquí el fundamento de la racionalidad juega un rol preponderante. Bajo este enfoque, la fuerza moral de la autonomía permite incluso que cada ser humano voluntariamente no asuma a la autonomía como un valor supremo en la vida *para sí*, o poner en riesgo o incluso eliminar alguna de las condiciones necesarias para poder ejercerla. Desconocer estas decisiones, imponiéndoles un sentido distinto, conlleva cosificar al

²⁶⁷ Cfr. Carbajal, B., *El principio de dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional colombiana y francesa*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2005, p. 30.

²⁶⁸ Se incluye también la idea de garantía, puesto que sería un error asumir que, así como sucede con la dignidad, un ser humano es autónomo por su sola condición de tal. La autonomía es una prédica vana si el Estado no garantiza las condiciones para poder ejercerla. Por ello, una teoría de la justicia basada en derechos debe abandonar la tesis del ser humano como un sujeto abstracto titular de derechos más allá de su circunstancia, y concentrarse en su particular situación para hacer de su autonomía algo real y efectivo. Desde luego, asegurar los denominados derechos económicos, sociales y culturales cumple en este aspecto un papel esencial (cfr. Barranco, M. C. «Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo», ob. cit., p. 30).

ser humano, al exigirle adecuar su conducta a un esquema vital que no comparte, a pesar de que no afecta ningún derecho o libertad ajenos.

Así las cosas, bajo estas condiciones, existe una regla en abstracto inderrotable: *Prohibido imponer a un ser humano que se encuentra en válido ejercicio de su autonomía adecuar su conducta a algún patrón de corrección moral al que no desee adecuarse* (regla inderrotable derivada de la protección de la autonomía).

Para todos los seres humanos, en general, la dignidad humana consiste en nunca ser tratados como simples medios, sino como fines en sí mismos. En este caso, el fundamento biológico y el de la sensibilidad son los prioritarios. De aquí deriva, cuando menos, una regla en abstracto inderrotable: *Prohibido tratar a un ser humano con el único objetivo de causarle sufrimiento o dolor* (regla inderrotable derivada de la erradicación del sufrimiento).

La regla derivada de la protección de la autonomía y la regla derivada de la erradicación del sufrimiento, son dos reglas derivadas, a su vez, de la protección de la dignidad humana a las que en un Estado Constitucional es absolutamente inválido desde un punto de vista jurídico la anexión del «a menos que» que caracteriza a la derrotabilidad de las normas jurídicas. Son dos reglas que no aceptan jurídicamente excepciones. Son, pues, dos estándares univerzalisables derivados del valor de la dignidad humana que escapan absolutamente al particularismo.

Evidentemente, también son inderrotables las normas que representen instancias normativas, con clara autonomía semántica, de las antedichas reglas. Por ejemplo, «Prohibido que el Estado imponga una sanción a una persona por no creer que Jesucristo resucitó», resulta una regla absolutamente inderrotable por ser una instancia perfecta de la regla derivada de la protección de la autonomía. Y «Está prohibido electrocutar a un niño con el único objetivo de causarle dolor» resulta una regla absolutamente inderrotable por ser una instancia perfecta de la regla derivada de la erradicación del sufrimiento.

Desde luego, hay que tener mucho cuidado al momento de sostener que una norma es una instancia de alguna de las dos macro reglas inderrotables derivadas de la dignidad humana. Por ejemplo, «Prohibido electrocutar a un niño con el objetivo de causarle dolor», no es una instancia *perfecta* de la macro regla derivada de la erradicación del sufrimiento. Al no incorporar la palabra «único», la norma se torna derrotable, pues es posible, por ejemplo, que un médico válidamente aplique un *electroshock* a un niño con el objetivo último de tratar de salvarle la vida²⁶⁹.

²⁶⁹ M. Atienza ha llamado la atención sobre las irracionalidades derivadas de olvidarse que en la prohibición de instrumentalización de los seres humanos cumple un rol importante (a veces, determinante) el término «solo». Lo prohibido no es tratar a los seres humanos en determinadas circunstancias como

Es en el sentido recién desarrollado que puede sostenerse que la dignidad humana es inderrotable, y es, a su vez, fuente última de derrotabilidad, en tanto valor supremo. Los derechos fundamentales, como ya se ha mencionado, son manifestaciones intrínsecamente vinculadas a la dignidad humana. Son derechos subjetivos que deben protegerse para que aquella se encuentre plenamente respetada. Pero, por ello mismo, no son valores últimos en el sistema jurídico de los Estados Constitucionales²⁷⁰. De ahí que pueda sostenerse que los derechos fundamentales son fuente de derrotabilidad, pero ya no última, y por tanto, ellos mismos son derrotables. A continuación se realiza el tratamiento de los derechos fundamentales como causas de la derrotabilidad jurídica.

3. Los derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad humana.

Como se ha visto, la moral positivizada en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales se encuentra presidida por la dignidad humana. Este valor supremo exige el respeto por la autonomía de los seres humanos y el deber de tratarlos como fines en sí mismos y nunca como simples medios.

Los derechos fundamentales son las condiciones cuyo respeto, protección y promoción permite la cobertura de necesidades básicas para garantizar la plena vigencia de la dignidad humana. En palabras de G. Peces-Barba, el concepto de derechos fundamentales comprende

«... tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica»²⁷¹.

Así, su moralidad básica deriva de ser manifestaciones de la dignidad, y su juridicidad básica de estar reconocidos en la Norma Fundamental del sistema jurídico. En el caso del sistema jurídico peruano, el artículo 3° de la Constitución establece que

medios, sino tratarlos «solo» como medios, pues de esa manera ya no se les aprecia como fines en sí mismos (cfr. Atienza, M., «Sobre el concepto de dignidad humana», ob. cit., pp. 195 – 196).

²⁷⁰ Puede coincidir con P. Luque en que es implausible la tesis de que los ordenamientos constitucionales contengan solo un único valor, siempre que se acepte que ello no es incompatible con sostener que, a efectos de no caer en las desventajas de un particularismo extremo, contienen un único valor supremo: el respeto por la dignidad de la persona humana. Bajo esta premisa, puede compartirse su idea de que lo que él denomina «pluralismo dilemático» es un enfoque que explica satisfactoriamente la dinámica de la ética sustantiva de los Estados Constitucionales (cfr. Luque, P., *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 95 y ss.).

²⁷¹ Cfr. Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 37.

debe asumirse que la Constitución incluye los derechos expresamente enumerados y todos aquellos «que se fundan en la dignidad del hombre». Por ello, puede afirmarse que en el sistema jurídico peruano, aunque no todo derecho estipulado en la Constitución es fundamental (pues no necesariamente se funda directamente en la dignidad), todo derecho fundamental es un derecho reconocido en la Constitución (pues o lo está explícitamente o habrá que interpretar que lo está implícitamente en virtud de lo dispuesto por el mencionado artículo 3° constitucional).

Ahora bien, en su momento se mencionó que la dignidad y las normas que reconocen derechos fundamentales constituyen una moral procedimental básica, en el sentido de que no pretenden dar contenido a la virtud material que un ser humano forja en ejercicio de su autonomía. Son condiciones que garantizan el ejercicio de la autonomía, pero no le imponen un contenido. Sin embargo, visto desde otro punto vista, que es el que tendrá protagonismo a partir de ahora, la dignidad humana y los derechos fundamentales son el contenido material o sustantivo de la ética pública, en contraposición a los criterios de validez formal o procedimental constituidos por las normas que determinan a los órganos competentes para toma de decisiones y los procedimientos concretos que deben seguirse para adoptarlas. En consecuencia, en adelante, cuando se asocie a los derechos fundamentales con una moral sustantiva o material, será en el sentido recién reseñado.

Antes de su positivación, los derechos humanos actuaron como pretensiones éticas que servían como parámetro extra normativo para la valoración de la legitimidad de los actos de poder. Se trataba de expresiones de la razón que buscaban, cuando menos en primera instancia, conquistar determinados *status* a favor de los individuos con miras a expulsar la incidencia ilegítima del Poder en su esfera subjetiva.

De todas formas, aunque la imbricación mutua entre la moral a la que los derechos humanos responden y el Derecho, alcanza su punto cumbre cuando a las normas positivas que los reconocen se les concede pleno carácter jurídico, la postulación de la relación entre ciertos valores racionalistas y el Derecho es anterior. Entre otras doctrinas, la escuela del «Derecho libre»²⁷², por ejemplo, incidía en el rol de los valores en la determinación del contenido del Derecho. Acaso la única coincidencia entre los defensores de este movimiento, sea su discrepancia con la escuela de la exégesis, es decir, aquella defensora de la supuesta plenitud e infalibilidad de la ley y del tratamiento de su interpretación a manera de procedimiento plenamente lógico, matemáticamente consecuencial o subsuntivo. Pero a partir de

²⁷² Para una rápida pero profunda visión sobre los rasgos más importantes de esta escuela, véase Segura Ortega, M., «El movimiento del Derecho libre», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X, 1993, p. 423 y ss.

ello, las maneras cómo combaten estas tesis son diversas y difusas. No obstante, este movimiento expuso con abierta sinceridad algo que hasta entonces, cuando menos en el ámbito del *civil law*, solo se aceptaba en la silenciosa introspección del jurista o a media voz en algunas aulas universitarias: la interpretación del Derecho (que no puede ser identificado sin más con la ley), más allá de la metodología formal que adopte, en diversas oportunidades (usualmente las que traslucen casos más complejos), es un ejercicio abierto a valores.

Fue en el ámbito del Derecho privado en el que prontamente se introdujeron conceptos indeterminados que permitían ensayar un razonamiento moral al momento de emitir juicios de validez jurídica. Por solo aludir a un ejemplo, el Código civil alemán (BGB) de 1900 recogía diversos artículos que conferían al juez un importante grado de discrecionalidad en la apreciación e incluso creación del Derecho aplicable al caso. Entre ellos se encuentra su §138 que establecía la nulidad de todo acto jurídico contrario a las buenas costumbres, el §157 que ordenaba al juez atenerse como intérprete a los usos sociales, el §242 que incluía la cláusula de la buena fe y la proscripción del abuso del Derecho, y el §826 que volvía a hacer alusión a las buenas costumbres como canon de determinación de la indemnización que corresponde pagarse por causar un daño intencionalmente.

Se trataba de una moral juridificada, aunque extraordinariamente indeterminada, que tempranamente era reclamada como parámetro de validez de las leyes, y que buscaba ser situada en el mismo escalafón que poseía la moral formal propia de los rasgos inherentes del Derecho²⁷³.

²⁷³ A pesar de su extensión, es irresistible transcribir un pensamiento de H. Reichel que denota con meridiana claridad lo que acaba de señalarse: «La ley sirve al orden. Para que este orden se mantenga y garantice debe poseer autoridad; por lo tanto, en principio será inviolable. Así, pues, aunque en grado bastante elevado sea injusto y contrario al fin, debe mantenerse. (...). Pero todo tiene sus límites, aún la obediencia hacia la ley. Sería la obediencia pasiva de un cadáver sostener también la ley allí donde el buen sentido aprecia que solo por su forma merece aún el nombre de una ley jurídica. Este es el caso, no solamente cuando es injusta o contraria al fin, sino además precisamente inmoral. Pero es inmoral cuando se pone en contradicción con la conciencia universal general de la época. Seguir y aplicar tal ley equivale a dejar que se precipite en un abismo un vehículo lleno de pasajeros pudiéndolo evitar. A hacer esto no está en absoluto obligado ni puede hacerlo un juez que sea un hombre de ideas morales, que es el servidor profesional de la comunidad moral. (...). Lo que expongo no es solo un principio moral, sino también un principio de Derecho, pues también se pone a debate un asunto jurídico. Si, por ejemplo, se hallase un mandato legal en oposición con la conciencia civilizada general, moralmente puesta de relieve, se hallaría amenazada la autoridad del Derecho. (...). [En ese caso], el juez tiene que servir al Derecho, pero no a aquel trozo de papel que denominamos ley. Ésta no es fin por sí misma, sino solo medio para un fin, medio por cuya autoridad se produce el orden. Así pues si la ley concreta es abiertamente opuesta a ese fin, en tanto en cuanto por su contenido quebranta precisamente aquella autoridad, es misión del juez dar preferencia al fin sobre el mero medio, poniendo el servicio del fin sobre el del simple medio» (cfr. Reichel, H., *La ley y la sentencia. Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último*, traducción de E. Miñana Villagrasa, Reus, Madrid, 1921, pp. 135 – 136).

Siendo que el texto se circunscribe a una época en la que la Constitución aún no era concebida como estricta norma jurídica, ni siquiera se la menciona. Pero, como se verá de inmediato, pocos años más tarde, la referida moralidad se convertiría en la moralidad que da fundamento a los derechos fundamentales, es decir, en la moralidad reflejada en el valor de la dignidad humana. Por ello no debe asombrar la semejanza que tiene la tesis de Reichel con la que sería sostenida por G. Radbruch algunos años más tarde, luego de la segunda guerra mundial, cuando se comprende bien que la Constitución

No obstante, en el ámbito de la Europa continental, a partir de la década de los 50, se empieza a comprender que el fundamento axiológico del Derecho se reconduce a la dignidad humana manifestada en los derechos fundamentales²⁷⁴. En consecuencia, pasan estos a ser concebidos como el rostro de aquella moralidad cargada en valores que años antes se había manifestado tímidamente en ciertos componentes del Derecho privado, pero que ahora se revelaban como el fundamento de todo el Derecho (privado y público).

Un indicio claro de la relación que existía entre los conceptos jurídicos indeterminados que originariamente encontraron asidero en la regulación del Derecho privado y los valores que luego se incorporarían en el contenido de los derechos fundamentales, se encuentra en la famosa sentencia del caso Lüth emitida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el año 1958. Recordemos que E. Lüth, quien en el año 1950 se desempeñaba como director de la oficina estatal de prensa de Hamburgo, exhortó a los distribuidores y espectadores de la película *La amada inmortal* de Veit Harlan –quien poco tiempo antes había dirigido la película antisemita *El judío Süß*– a boicotearla. Su temor era que Harlan, uno de los exponentes más importantes de la persecución de los judíos, reabriera heridas ya cicatrizadas. Harlan obtuvo del Tribunal de Hamburgo un mandato provisional contra Lüth, prohibiéndole realizar el boicot por considerarlo contrario a las buenas costumbres a las que hacía alusión el §826 del Código civil. El Tribunal Constitucional Federal alemán declaró la nulidad de la prohibición por considerarla contraria al derecho fundamental a la libertad de expresión del recurrente.

No es este el lugar en el que quepa un análisis detallado de esta sentencia que representó un hito en el efecto irradiatorio de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y en todos los ámbitos del Derecho. Lo que ahora importa es resaltar el nexo que el Tribunal Constitucional aprecia entre los estándares abiertos recogidos en la legislación civil y los derechos fundamentales como valores. Las cláusulas generales de los artículos §§ 138, 242 y 826 son apreciadas por el Tribunal

vincula no solo desde un punto de vista formal, sino también, y fundamentalmente, sustantivo. La tesis de Radbruch quedaba resumida en la máxima «la injusticia extrema no es Derecho» (cfr. Radbruch, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en: G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welzel, *Derecho injusto y Derecho nulo*, traducción de J. M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 3 – 22). Sobre el pensamiento de Radbruch es particularmente interesante el estudio de R. L. Vigo, «La axiología jurídica de Gustav Radbruch», en: R. L. Vigo (compilador), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, 1ra. reimpresión, Facultad de Derecho de la UBA / La Ley, Buenos Aires, pp. 1 – 23).

²⁷⁴ Cabe a partir de ahora hablar más bien ya solo de derechos fundamentales y no de derechos humanos, pues no hacemos alusión a exigencias morales en su estado puro de pretensión, sino al reconocimiento que de ellas hace el poder al incorporarlas al ordenamiento (cfr. Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 36 y ss.).

como la puerta de entrada a los derechos fundamentales, «pues al decidir lo que estos mandatos sociales ordenan en el caso particular, hay que partir en primer término del conjunto de concepciones valorativas que el pueblo ha alcanzado y que ha plasmado en su Constitución en un momento determinado de su desarrollo espiritual-cultural»²⁷⁵.

A diferencia de la cultura jurídica decimonónica, en la que el Derecho de los Códigos (principalmente, del Civil), era entendido como el Derecho común, el contenido de la Constitución pasa a ocupar ese puesto, pues se proyecta en cada una de las relaciones sociales, haciendo de los derechos fundamentales el elemento rector de la conducta humana en todo orden de ámbitos²⁷⁶.

Una vez positivizados los derechos fundamentales al más alto nivel normativo y reconocida la fuerza vinculante de las constituciones también en su ámbito material²⁷⁷, las situaciones dilemáticas a propósito de los juicios de validez no tienen ya por qué buscar auxilio en las afueras del ordenamiento o en los postulados de una supuesta suprapositividad, sino en los contenidos internos de la propia juridicidad. Con la incorporación al ordenamiento de principios éticos o de justicia, no parece ya posible establecer una brecha clara entre los criterios de legitimidad interna, vinculados a parámetros de validez formal previstos por el ordenamiento, y los de legitimidad externa, relacionados con cánones de orden material extra normativos. En palabras de Ferrajoli,

«[e]l resultado de este proceso de positivación del derecho natural ha sido una aproximación entre legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa y deber ser extrajurídico, es decir, una juridificación de éste mediante la interiorización en el derecho positivo de muchos de los viejos criterios y valores sustanciales de legitimación externa que habían sido expresados por las doctrinas ilustradas del derecho natural. Si hubiera que valorar los ordenamientos jurídicos de los estados modernos por los principios generales enunciados en sus constituciones, serían bien pocas las críticas que cabría formular contra ellos desde un punto de vista externo, es decir, desde el punto de vista ético-político o de justicia»²⁷⁸.

De esta manera, todo acto disconforme con los derechos fundamentales no solo desencadena su invalidez al reñir con el supremo parámetro normativo, sino que

²⁷⁵ Cfr. BVerfGE 7, 198, 205. Cfr. Limbach, J., «Función y significado del recurso constitucional en Alemania», en: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 3, Julio – Diciembre, 2000, pp. 76 - 77.

²⁷⁶ Cfr. Fernández, R., «Notas sobre el Derecho Constitucional como nuevo Derecho común», en: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N.º 1, 1989, p. 37 y ss.

²⁷⁷ Lo que en Europa solo fue plenamente alcanzado después de la Segunda Guerra Mundial. Como bien afirma C. Landa, en la misma línea de lo expuesto por H. Krüger (cfr. Krüger, H., *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, Göttingen, Vandell & Ruprecht in Göttingen, 1950, p.12), hasta finalizada la segunda guerra mundial «los derechos fundamentales eran válidos solo en el marco de la ley; mientras que en adelante la ley solo era válida en el marco de los derechos fundamentales» (cfr. Landa, C., «Dignidad de la persona humana», en: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 7, 2002, p. 117).

²⁷⁸ Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (1995), traducción de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2006, p. 356.

incorpora un grado de ilegitimidad al poder político, que, en nimias proporciones, no tiene posibilidad de desestabilizar a un régimen, pero cuya continua reiteración es motivo posible de desequilibrio y posterior caída²⁷⁹.

Así, de la mano del reconocimiento normativo de los derechos fundamentales, y su consecuente fuerza vinculante, se reconfigura la concepción del Derecho y de los propios Estados, puesto que como bien afirmara en su momento E. Díaz, solo un Estado que reconoce y protege los derechos fundamentales, es propiamente un «Estado de Derecho»²⁸⁰.

Desde que en 1966 Elías Díaz incidió en las cuatro características que, desde su punto de vista, conjuntamente consideradas, permiten hablar de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho (a saber, imperio de la ley, división de poderes, control y fiscalización de la actuación de la Administración de conformidad con el principio de legalidad, y derechos y libertades fundamentales como manifestaciones de una real dignidad y progresiva igualdad entre todos los seres humanos)²⁸¹, mucho se ha dicho sobre el particular: desde las propias matizaciones (no esenciales) que ha hecho el propio Díaz²⁸², pasando por quienes aseguran que en su postulado subyace una confusión entre una modalidad de Estado de Derecho y el concepto restringido o propiamente dicho de Estado de Derecho²⁸³, hasta quienes entienden que sea cual fuere el contenido exacto del concepto, este debe darse por superado, pues ha sufrido un cambio esencial que ha dado lugar a la aparición del Estado Constitucional²⁸⁴.

Sin perjuicio de que más adelante quepa detenerse en las razones por las que algunos afirman que el Estado Constitucional ha subrogado al Estado de Derecho, por ahora conviene tan solo resaltar que se ha señalado con razón que «[l]os derechos

²⁷⁹ Conforme señala E. Garzón Valdés, utilizando un concepto hartiano, «[u]n determinado sistema político es estable si y solo si en los casos vinculados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean éstos “normales” o “límites”, tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios son una explicación eficaz de su “regla de reconocimiento” y esta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional» (cfr. Garzón, E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 44).

²⁸⁰ Cfr. Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973, p. 31.

²⁸¹ Cfr. Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ob. cit., p. 29 y ss.

²⁸² Son diversas las publicaciones que con posterioridad al trabajo de 1966, han servido a Díaz para seguir dando forma a su originaria toma de posición. Cabe destacar un par de ellas: «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», en: *Sistema*, N.º 125, 1995, pp. 5 - 22, y «Derechos Humanos y Estado de Derecho», en: J. A. López y J. A. del Real (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 123 - 146.

²⁸³ Cfr. Fernández, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», en: A. López y J. A. del Real (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, ob. cit., pp. 103 - 122. M. Gascón parece aproximarse a la posición de E. Fernández en su trabajo «Imperio de la ley: motivos para el desencanto», en: *Jueces para la democracia*, N.º 32, 1998, pp. 25 - 35.

²⁸⁴ Como se verá luego, esta idea es atribuible a G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 33 y ss.

humanos son la razón de ser del Estado de Derecho»²⁸⁵. Y a partir de esta afirmación surgen una serie de consideraciones complementarias.

En primer lugar, la defensa de los derechos fundamentales no es solo una característica más del Estado de Derecho, sino el *prius* lógico que le dota de fundamento, y al que en última instancia se reconducen todas sus otras características, las cuales pasan a ser tan solo condiciones estructurales al servicio de su plena vigencia²⁸⁶. En ese sentido, el imperio de la ley no se identifica con la simple presencia de un Estado y una sociedad sometidos a normas jurídicas claras, previsibles, públicas y *prima facie* no retroactivas, en línea de garantizar la seguridad, pues como bien se ha señalado, «existen más requisitos que el ya de por sí importante sometimiento a la ley. La ley no es cualquier modalidad de ley, sino [la] que cuenta con el consentimiento de los gobernados (...); la que precisa de un sistema político con división de poderes y sistema de controles y la que *respeta y garantiza unos derechos y libertades fundamentales*. (...) [N]o (...) una legalidad con cualquier contenido, sino una *legalidad selectiva*»²⁸⁷. Y tal vez por lo mismo se ha dicho también que el imperio de la ley es «un universo ético; es decir, no es una “propiedad” del Derecho, algo inherente a la mera existencia empírica del orden jurídico, algo que nace ya con la mera norma jurídica, sino que es un postulado metajurídico, una exigencia ético política o un complejo principio moral que está más allá del puro derecho positivo»²⁸⁸.

En segundo término, la división de poderes encuentra en los derechos fundamentales su razón de existencia, como principio tendiente a asegurar la ausencia de un poder absoluto, incompatible con la idea de control que permite asegurar la

²⁸⁵ Cfr. Díaz, E., «Derechos Humanos y Estado de Derecho», ob. cit., p. 123. La misma idea había sido expuesta antes de manera menos contundente en *Estado de Derecho y sociedad democrática*, ob. cit., p. 39, y en «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», en: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, p. 50 y ss.

²⁸⁶ En palabras de E. Díaz, los primeros tres elementos que caracterizan al Estado de Derecho, «no son sino expedientes (...) que se juzgan aptos (...) para lograr una eficaz garantía y protección de los que en cada momento histórico se consideran mayoritariamente como derechos y libertades humanas fundamentales» (cfr. Díaz, E., «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», ob. cit., p. 151).

²⁸⁷ Cfr. Fernández, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», ob. cit., p. 104. Las cursivas son agregadas.

²⁸⁸ Cfr. Laporta, F., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en: *Doxa*, N.º 15-16, 1994, p. 134.

Cabría aquí destacar que E. Fernández ha juzgado necesario matizar la directa relación que Laporta establece entre el imperio de la ley y la autonomía de la persona como su fundamento moral, pues considera que el objetivo prioritario del imperio de la ley no es la autonomía individual, sino la seguridad. «Precisamente es el prioritario –afirma– porque es la seguridad la que favorece la autonomía individual y no al revés». (cfr. Fernández, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», ob. cit., p. 117). La precisión parece técnicamente correcta, empero, cabría agregar que entre la seguridad y la autonomía, existe una relación de medio a fin, puesto que la seguridad carece de valor en sí misma, siendo solo rescatable en la medida de que tenga como *telos* garantizar el ejercicio efectivo de la autonomía. Siendo ello así, la noción de imperio de la ley y la idea de seguridad con la que se la relaciona directamente, continúan apareciendo como métodos estructurales al servicio de un componente material que aunque Laporta prefiere denominar autonomía, tampoco tiene reparo en identificarlo con la noción de dignidad (cfr. Laporta, F., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», ob. cit. p. 135).

protección y vigencia de aquéllos²⁸⁹. Suele afirmarse que la Constitución se compone de un sector orgánico orientado a la organización y división del poder y un ámbito dogmático representado por los derechos fundamentales²⁹⁰. No obstante, Aragón advierte con razón que una reflexión en ese sentido parece bifurcar las finalidades de la Norma Suprema como si se tratasen de compartimentos que eventualmente pudieran escindirse, cuando en realidad «no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir, sino uno, puesto que solo de una manera (...) puede el poder organizarse para preservar la libertad. El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad en igualdad); la división de poderes es solo una forma de asegurarla»²⁹¹.

En tercer lugar, ubicar a los derechos fundamentales como el orden material que da sustento y hacia cuya protección se orienta el Estado de Derecho, permite sostener que en lugar (o antes) de hablar de diversos «modelos» de Estado de Derecho²⁹², debería hacerse alusión a distintas concepciones o ideologías en torno a lo que son los derechos fundamentales²⁹³. Y aquí no solo se hace referencia a las distintas visiones existentes en torno a cuál debería ser el punto neurálgico de su específico contenido (liberal, republicano, participativo, social, económico, cultural, etc.), sino también a las distintas comprensiones existentes sobre su ontología (exigencias morales y/o normativas), estructura interna (principios y/o reglas) y la función (subjética y/u objetiva) que cumplen en el ordenamiento jurídico. Son todas estas variantes (inevitablemente ideológicas) las que derivan en uno u otro modelo de Estado de Derecho, por lo que no cabe afirmar que dependiendo de la estructuración política y jurídica de un concreto Estado los derechos fundamentales responden a uno u otro matiz, sino que, en línea inversa, dependiendo del sentido que les sea atribuido a éstos, los Estados adoptarán una u otra configuración²⁹⁴.

²⁸⁹ Cfr. Aragón, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 7, N.º 19, Enero – Abril, 1987, p. 52.

²⁹⁰ M. C. Barranco ha señalado con acierto que desde que se ha reconocido el carácter vinculante de los derechos positivados en las constituciones, la históricamente denominada «parte dogmática» puede pasar a denominarse «parte material» (cfr. Barranco, M. C., «Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista», en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 340 y 345).

²⁹¹ Cfr. Aragón, M., «La Constitución como paradigma», en: AA.VV. *El significado actual de la Constitución*, UNAM, México D.F., 1998, p. 21.

²⁹² Cfr. Asís, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, ob. cit.

²⁹³ Esta idea es claramente defendida por F. J. Ansuátegui cuando resaltando las discrepancias entre E. Díaz y E. Fernández sobre la materia señala que «perspectivas ideológicas diferentes pueden ofrecer soluciones distintas» (cfr. Ansuátegui, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en: *Sistema*, N.º 158, 2000, p. 102), para más adelante indicar que «los derechos fundamentales desempeñan una función clasificatoria respecto al concepto de Estado de Derecho» (p. 107).

²⁹⁴ Por consiguiente, cabe discrepar del punto de vista de Böckenförde en cuanto afirma que el alcance material de los derechos fundamentales está en función de la concepción del Estado que se mantenga (cfr. Böckenförde, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», en: *Escritos sobre*

En todo caso, como se ha visto aquí se participa de la idea de R. de Asís²⁹⁵, cuando afirma que los derechos participan de un metafundamento moral que basa su estructura en la delimitación de la idea de un sujeto moral (moral antropocéntrica), dotado de libertad de elección y con una consecuente capacidad para elaborar sus planes de vida y llevarlos a la práctica (una libertad moral capaz de traducirse en muchos contenidos posibles). Una suerte de dinamismo de la libertad, basado en la autonomía personal, que suele ser identificado con la idea de dignidad humana, y que exige el reconocimiento de la realidad de la persona (integridad física y moral), y la posibilidad de, cuando menos, un núcleo básico de desarrollo de sus planes vitales en igualdad, lo que implica la satisfacción real de diversas necesidades básicas, relacionadas con los derechos sociales, económicos y culturales.

En la actualidad, sin embargo, en la mayoría de Estados democráticos occidentales, los derechos fundamentales no solo se encuentran reconocidos a nivel constitucional, sino que su presencia normativa ha redimensionado la naturaleza de los ordenamientos jurídicos con alcances inicialmente insospechados. Estos alcances –que tienen mucho que ver con las razones por las que actualmente se habla, antes que de Estado de Derecho, de Estado Constitucional, y ciertamente con las razones por las que aquí se predica que la derrotabilidad es una propiedad de las normas jurídicas de los Estados Constitucionales– se analizan a continuación.

4. Los derechos fundamentales como causa de la derrotabilidad jurídica.

Estamos en tiempos de «constitucionalismo» o de «Estados Constitucionales», suele afirmarse. Ciertamente, el concepto no es unívoco²⁹⁶, sin embargo, generalmente, con él suele aludirse a Estados que comparten los siguientes tres rasgos esenciales: a) reconocen a nivel constitucional un catálogo de derechos fundamentales que actúa como parámetro de validez de los actos (normativos o no) de los poderes públicos y privados; b) cuentan con constituciones rígidas, es decir, con constituciones cuyo procedimiento de reforma es más complejo que el de reforma legislativa; y, c) cuentan con un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y los actos del Poder.

derechos fundamentales, traducción de J. L. Requejo e I. Villaverde, prólogo de F. J. Bastida, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993, p. 45), pues debiera considerarse que es justamente al revés.

²⁹⁵ Cfr. Asís, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2001, p. 31 y ss.

²⁹⁶ Las distintas acepciones con las que suele identificarse a los Estados Constitucionales, han sido presentadas por C. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 15 – 17.

Dentro de estos tres rasgos, podría afirmarse que el último es el más llamativo. En efecto, si algo caracteriza a los Estados Constitucionales es el protagonismo de la jurisdicción, y en particular, de la jurisdicción constitucional, a la que se le concede la última palabra en materia de interpretación constitucional y de protección de los derechos fundamentales, y cuya competencia se expande en línea directamente proporcional a la fuerza jurídica vinculante de las constituciones. Es este el motivo principal por el que Zagrebelsky enfatiza que en el Estado Constitucional subyace un «auténtico cambio genético» en relación con el «Estado de [D]erecho legislativo»²⁹⁷.

Y es que existe cierta tendencia a considerar que el concepto de «Estado de Derecho», se vincula más con la idea de que la palabra definitiva en materia de validez jurídica reside en el Parlamento, como compromiso con el principio democrático, entendido en este caso, como el respeto a la decisión de las mayorías. Por el contrario, el concepto de «Estado Constitucional», se relaciona más con la idea de que la suprema decisión en materia jurídica se manifiesta en sede jurisdiccional, en signo de la fuerza jurídica de los derechos reconocidos en las constituciones²⁹⁸, los cuales, merced a la rigidez constitucional y a las competencias de la jurisdicción constitucional, se imponen incluso frente a la decisión adoptada bajo el principio mayoritario.

Este protagonismo judicial no parece ser consecuencia de una mera recomposición accidental en el contrapeso de poderes, sino de la reformulación misma del concepto de Derecho generada por el reconocimiento de la juridicidad y consiguiente fuerza vinculante de las constituciones y de los derechos fundamentales por ella reconocidos, y de su indeterminado contenido y estructura normativos²⁹⁹.

Conforme señala R. Alexy, los derechos fundamentales ostentan cuatro rasgos expresados en grado máximo: a) máxima jerarquía; b) máxima fuerza jurídica; c) máxima importancia de sus contenidos; y, d) máxima indeterminación³⁰⁰. Se trata de rasgos que aisladamente considerados no generarían mayor inconveniente para el desenvolvimiento del Derecho, pero su conjunción en un solo cuerpo denominado derechos fundamentales, desencadena consecuencias muy delicadas, aunque al parecer, inevitables.

²⁹⁷ Cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 33.

²⁹⁸ Cfr. Barranco, M. C., «El papel del juez en el Estado constitucional», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XXII, 2005, p. 114.

²⁹⁹ «El protagonismo judicial no es (...) una moda pasajera fruto de un gremial afán competitivo por robar cuota de pantalla a los políticos (...), sino la cabal consecuencia de la supremacía constitucional» (cfr. Prieto, L., «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional», en: *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas» de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998, p. 41).

³⁰⁰ Cfr. Alexy, R., «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», traducción de A. García Figueroa, en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 32 y ss.

Evidentemente, su máxima jerarquía procede de su usual incorporación jurídica a nivel constitucional, y ya se ha hecho referencia a la importancia de su contenido sustentado en última instancia en la defensa de la dignidad humana. No obstante, ahora conviene realizar una aproximación a su máxima fuerza jurídica y a su máxima indeterminación. Cuando Alexy hace referencia a la máxima fuerza jurídica de los derechos, no parece hacer alusión solamente a su ahora incuestionable vinculatoriedad para todos los poderes públicos, sino también a su fuerza expansiva, a su proyección a todo el ordenamiento. Y es que de la mano de su función como derechos subjetivos, los derechos fundamentales cumplen una función objetiva como «instrumentos de ordenación del sistema jurídico en su conjunto»³⁰¹. Constituyen un orden de valores (juridificado) que, más allá de la presencia de cualquier interés subjetivo, impone un permanente deber al Estado y a la ciudadanía en general, en aras de garantizar la vigencia objetiva de los derechos. Como consecuencia de ello, los derechos influyen «material y ampliamente en todas las posiciones del sistema jurídico»³⁰².

Esta función objetiva, en consecuencia, guarda una estrecha relación con el denominado principio de interpretación conforme a la Constitución (y, por consiguiente, al contenido de los derechos por ella reconocidos). Se trata de un principio de raíz jurisprudencial, en base al cual «[l]a supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación –por operadores públicos o por operadores privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos– en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate»³⁰³.

De esta forma, el contenido de los derechos cumple un «efecto de irradiación»³⁰⁴ hacia todas las normas del ordenamiento, no solo es un sentido pasivo, es decir, impidiendo que el contenido normativo infraconstitucional resulte contrario al de las disposiciones *iusfundamentales*, sino también activo, es decir, garantizando que, por vía directa o indirecta, explícita o implícita, cada norma del sistema encamine la plena vigencia de los derechos fundamentales. Es así que se produce una

³⁰¹ Cfr. Barranco, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004, p. 124.

³⁰² Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. edición, traducción de C. Bernal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 467.

³⁰³ Cfr. García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 101.

³⁰⁴ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 465 y ss. Guastini utiliza un término también ilustrativo y lo denomina efecto de «impregnación» (cfr. Guastini, R., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 49).

«rematerialización» del ordenamiento que provoca que «[d]etrás de cada precepto legal se adivin[e] siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice; (...) el sistema queda saturado por los principios y derechos»³⁰⁵. Y por ello se ha dicho, con razón, que el resultado del «efecto de irradiación» es la «ubicuidad» de los derechos fundamentales al interior del ordenamiento³⁰⁶, provocando que, inevitablemente, «[e]n un [E]stado [C]onstitucional toda norma [tenga] una base ética»³⁰⁷.

Ahora bien, como se señalaba, siguiendo a Alexy, esta máxima fuerza de los derechos no representaría un inconveniente tan importante si no viniese atada con la máxima indeterminación que también ostentan los derechos. Aunque no existe un claro consenso en relación con la clase de indeterminación que caracteriza a los derechos fundamentales, resulta evidente que no se trata de la simple indeterminación semántica (y eventualmente sintáctica) que ataca a todas las normas jurídicas por estar expresadas en un lenguaje natural. Se conviene con García Figueroa en que se trata además de una indeterminación referida a la usual configuración de los derechos fundamentales como principios. Refiere este autor que

«... por su contenido, los derechos fundamentales constituyen el elemento más importante de la Constitución y en ese sentido requieren la protección más intensa. Pero por su forma, los derechos fundamentales se distinguen por presentar una estructura de principio que, en cualquiera de sus polémicos sentidos (como normas vagas, generales, abstractas, abiertas, indeterminadas, fundamentales, reformulatorias, axiológicas, *superables* o *derrotables*, de carácter no concluyente o *prima facie*, etc.), procuran en principio a los jueces un margen más amplio para su actividad interpretativa y argumentativa a la hora de la aplicación»³⁰⁸.

A los derechos, en consecuencia, se les une una particular metodología hermenéutica, que, según se analizará luego en detalle, está singularmente (pero no solamente) representada por la técnica de la ponderación, cuya principal virtualidad es permitir el balance de las razones morales de todas las normas jurídicas *prima facie* aplicables, razones que solo terminan de hacerse explícitas y definitivas en sus consecuencias para la realidad atendiendo a las particulares circunstancias de cada

³⁰⁵ Cfr. Prieto, L., «El constitucionalismo de los derechos», en: M. Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 216 – 217. El término «rematerialización» es tomado de este mismo aporte de Prieto (p. 217).

³⁰⁶ El término es de R. Alexy (cfr. Alexy, R., «Sobre los derechos constitucionales a protección», traducción de R. Jowers y R. García Manrique, en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, p. 46).

³⁰⁷ Cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, ob. cit., p. 358.

³⁰⁸ Cfr. García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios *iusfundamentales* sobre el concepto de Derecho», ob. cit., p. 206. La cursiva es del original.

caso justiciable. Permite, en tal sentido, estructurar los argumentos necesarios para justificar que a pesar de que el supuesto de aplicación de una norma se verifique en los hechos, ésta deba considerarse derrotada (más no invalidada), impidiendo que se desencadene su consecuencia jurídica incluso en aquellos casos en los que un análisis meramente subsuntivo o lógico así pudiera indicarlo, y permitiendo la aplicación de una norma distinta y con una mayor fuerza moral relativa al caso.

Y entonces el círculo comienza a cerrarse. Si los derechos fundamentales presiden el ordenamiento jurídico, si su contenido moral fundamentado de modo supremo en la dignidad se irradia a toda norma del sistema, y si, en consecuencia, «resultan siempre aplicables»³⁰⁹, pero resulta que el contenido de cada uno de ellos es manifiestamente indeterminado y puede eventualmente ingresar en un conflicto ponderativo con otras disposiciones del ordenamiento usualmente de su mismo rango, tal indeterminación también se proyecta a todo el ordenamiento y toda norma de éste deviene en eventualmente derrotable.

De esta manera, los derechos no solo tienen la fuerza para invalidar normas, sino también para abrir las normas de estructura cerrada, pues incluso los más rígidos mandatos deben ser analizados en cotejo con un contenido jurídico moral que, clarificado a la luz de un caso específico, bien puede tener la fuerza para flexibilizarlos, y, en definitiva, para derrotarlos. M. C. Barranco lo ha expuesto en estos términos: «si la peculiar interpretación de la Constitución se debe a los especiales caracteres de las normas constitucionales, afectan a la actividad interpretativa de cualquier operador jurídico y, desde el momento en que se articula el principio de interpretación conforme y (...) el “efecto irradiación”, a la interpretación de cualquier norma jurídica»³¹⁰. Seguramente, en algo así pensaba Rubio Llorente al referir que «la doctrina de la interpretación es el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional»³¹¹. Se dice que seguramente en algo así pensaba, porque si en efecto en ella reside el mencionado núcleo, no es solo por las particularidades que reviste, sino porque tiene la virtualidad de generar una «sinapsis moral» entre las normas, proyectándose a todo el ordenamiento.

³⁰⁹ Cfr. Barranco, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 161. Esta misma autora ha señalado en otro lugar lo siguiente: «Los derechos fundamentales se convierten en los criterios materiales últimos de validez de las restantes normas del sistema, con lo que todo comportamiento de creación y aplicación del Derecho supone de algún modo aplicación de los derechos fundamentales; de tal modo que la validez de las normas inferiores queda condicionada por su coherencia con el sentido del que se dote a las disposiciones constitucionales que contienen derechos fundamentales» (cfr. Barranco, M. C., «El papel del juez en el Estado constitucional», ob. cit., p. 116).

³¹⁰ Cfr. Barranco, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 135, nota 32.

³¹¹ Cfr. Rubio Llorente, F., «Problemas de la interpretación constitucional», en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, Nos. 3 – 4, 1988, p. 40.

Comanducci, igualmente, aunque obviamente de modo estrictamente descriptivo, atribuye la potencial «principalización» de cada una de las normas jurídicas, al procedimiento de «constitucionalización» de todo el Derecho, el cual

«... una vez llevado a cabo completamente, conduce a concebir la legislación (primaria y secundaria) como actuación y concretización de los principios constitucionales, que así realizan una presencia penetrante en cada rama del [D]erecho (...). Si se representa el [D]erecho como un sistema (también) estático, en el cual las relaciones dominantes entre las normas que lo integran son de contenido, es fácil entender que se pueda hablar de un derecho “principalista”: en un sistema estático cada norma superior (...) es configurable como principio frente a las norma inferiores. En abstracto, cualquier norma (...) es potencialmente configurable como un principio»³¹².

En resumidas cuentas, si de conformidad con lo que aquí se ha venido señalando –y sobre lo que ha insistido Celano³¹³– la derrotabilidad del Derecho se explica en última instancia por la derrotabilidad en base a consideraciones morales sustantivas, es fácil entender el motivo en virtud del cual en una multiplicidad de ocasiones dicho discurso tiende a estar referido a la derrotabilidad casuística de las normas *iusfundamentales*. Y es que no solo resulta que se trata de normas con una particular carga moral y axiológica que impregna a todo el ordenamiento, sino que su usual ubicación en la cúspide de los ordenamientos jurídicos, genera que, por antonomasia, en su caso no pueda desarrollarse con comodidad un discurso sobre su validez, sino, en todo caso, sobre su aplicabilidad o inaplicabilidad, entendida como su eventual inderrotabilidad o derrotabilidad prácticas.

De esta manera, en los Estados Constitucionales la causa fundamental de la derrotabilidad jurídica reside en la acción de la moral reconocida por el Derecho, esencialmente representada por los derechos fundamentales y la dignidad humana que les sirve de base. Es así que si uno tiene un compromiso ideológico con los imperativos de la dignidad humana y los derechos, y ella está reconocida jurídicamente, debe asumir la derrotabilidad normativa no solo como un fenómeno que puede o no darse, sino que, cumplidas ciertas condiciones, debe tener lugar.

Esta circunstancia obliga a que el razonamiento jurídico necesariamente se convierta en una forma de razonamiento moral especial en el que los conflictos no tienen como protagonistas a elementos de contenido absoluto ni sus resultados son, para siempre y en abstracto, definitivos. Ello, evidentemente, rompe el cerrojo de la

³¹² Cfr. Comanducci, P., «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en: *Doxa*, N.º 21, V. II, 1998, pp. 96 – 97.

³¹³ Cfr. Celano, B., «“Defeasibility” y ponderación. Sobre la posibilidad de revisiones estables», en: *Derecho, justicia, razones* (traducción de A. Greppi y F. Laporta), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 251.

logicidad del Derecho, y lo convierte en una entidad más dúctil, y ciertamente, más indeterminada, pero, en definitiva, más compatible con el sentido mismo de una Constitución, que, lejos de representar un mundo acabado que nos viene impuesto, se alimenta también de la realidad y de un sentido de la moralidad jurídica en constante dinámica. Por ello haciendo eco de un pensamiento de Häberle³¹⁴, García de Enterría señala que «[l]os derechos fundamentales serían los vehículos y los manantiales de las innovaciones y de las alternativas. Lo esencial de la Constitución no sería una cierta concepción material del hombre, sino construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto; éste hab[rí]a de ser, por tanto, el criterio interpretativo fundamental»³¹⁵. Aunque para mayor precisión, probablemente lo que quiere afirmar el autor español es que tan importante como entender que las constituciones responden a una imagen del ser humano, es entender que se trata de una imagen en progresiva dinámica en aras de evolucionar hacia la cada vez mayor optimización de las exigencias de la dignidad de los seres humanos en su conjunto.

Hasta aquí se ha hecho incidencia en el análisis del concepto de derrotabilidad jurídica y sus causas. Pero, en un Estado Constitucional, ¿depende la derrotabilidad jurídica de alguna característica ontológica de las normas jurídicas, de la función que cumple en el razonamiento jurídico, o de ambos factores? Esta interrogante sitúa ahora el panorama de análisis en el centro neurálgico del debate a propósito de la separación conceptual entre dos clases de normas jurídicas: los principios y las reglas. Mientras algunos defienden que entre estas categorías normativas media una separación conceptual cualitativa, otros sostienen que se trata de una simple distinción gradual, e incluso hay quienes afirman que no es sostenible tal distinción. De estos tópicos y otros relacionados, se ocupa el siguiente capítulo.

³¹⁴ Cfr. Häberle, P., *Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978.

³¹⁵ Cfr. García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, ob. cit., p. 107.

CAPÍTULO 3: LA DERROTABILIDAD JURÍDICA EN EL MARCO DE LA SEPARACIÓN CONCEPTUAL ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Este capítulo tiene por objetivo establecer una relación entre el concepto de derrotabilidad jurídica y las distintas tesis que existen acerca de la separación conceptual entre principios y reglas, precisando con cuáles de los aspectos puestos de relieve por dichas tesis comulga mejor. Para tales efectos, en primer término, se realizará un análisis histórico de los denominados *principios generales del Derecho*, cuya incorporación en los sistemas jurídicos constituyó una de las primeras vías a través de las cuales formalmente los principios ingresaron en el discurso jurídico (apartado 1).

Inmediatamente, se ingresará en una revisión de los distintos sentidos que se adjudica al término «principios», delimitando algunos elementos que –no siempre de manera excluyente, sino a veces de modo gradual y relacional– los caracterizan. Aquí será de recibo precisar las razones por las que no se comulga con una idea *iusnatural* de principios, asociándolos más bien con la moral fundamental legalizada (apartado 2).

Luego se expondrán las razones por las que se considera que hay una relación en el razonamiento jurídico entre la presencia de principios y la necesidad de resolución de casos vía una argumentación compleja (apartado 3).

Se analizarán, asimismo, algunas teorías vinculadas al Derecho (la lógica deóntica y la teoría interna de los derechos fundamentales) que parecieran concebirlo como un sistema de reglas, es decir, como un sistema, para todo efecto, cerrado, y que, por ende, resultan poco conciliables con el concepto de derrotabilidad jurídica de este estudio (apartado 4).

Finalmente, se ingresará propiamente en el estudio de las teorías fuerte y débil de la separación conceptual entre principios y reglas. Podrá apreciarse que la estrechez de la relación entre derrotabilidad jurídica y razonamiento práctico genera que aquella resulte más próxima a una teoría débil de separación entre principios y reglas (apartado 5).

1. Plenitud jurídica y principios: una aproximación histórica a partir de los principios generales del Derecho.

Cuando en el capítulo 1 se delimitó el concepto de derrotabilidad jurídica se buscó poner en evidencia que es bajo el razonamiento práctico que alcanza toda su dimensión. En el plano aislado de las fuentes jurídicas el fenómeno pierde virtualidad,

pues la concepción del Derecho como sistema, obliga a partir no solo del ideal regulativo de la plenitud, sino también de la coherencia. Si el sistema *debe ser* pleno, debe concebirse como un sistema completo y cerrado y, en consecuencia, finito; no hay lugar para normas derrotables, es decir, para normas que no tengan pleno gobierno sobre los hechos que están llamadas a regular. Y si el sistema *debe ser* coherente, debe asumirse que no hay lugar para contradicciones normativas, y si no hay contradicción no hay conflicto, y por ende, no hay lugar para normas derrotables.

Ahora bien, como se sabe, esta sana perspectiva teórica no deja de representar un simple ideal. La coherencia y plenitud con las que suele ser descrito el sistema jurídico, hacen alusión a directivas dirigidas a los operadores jurídicos para que actúen *como si* el sistema lo fuese, no a realidades que pretenden describir lo que el sistema es. Como bien afirma J. Dorado, «[s]i la tesis de la coherencia y la plenitud tiene algún sentido no es ya como una propiedad predicable de la ley ni del Derecho legal en sentido amplio, sino más bien como una idea o nota regulativa que implica la existencia de criterios dentro del sistema para que el juez pueda solucionar las antinomias e integrar las lagunas»³¹⁶. Antinomias y lagunas que, ciertamente, según se vio, no necesariamente tienen origen en la confrontación conceptual de los términos de los enunciados jurídicos o en los aparentes vacíos que tales términos evidencien, sino que muchas veces parten de factores valorativos que inevitablemente surgen de la carga moral residente en los ordenamientos jurídicos, y que se hacen explícitos solo ante las controversias concretas.

El problema entonces se presenta cuando se confunde el ideal con la realidad y se pretende analizar el Derecho como si fuese verdaderamente pleno y coherente. La realidad del Derecho es abierta y conflictiva. Si la teoría confunde las perspectivas y no solo pretende analizar los métodos idóneos para que el Derecho apunte hacia una búsqueda de coherencia y plenitud, sino que analiza al Derecho como si cobijara realmente estas características, entonces pasa a ser una teoría incapaz de explicar la realidad del Derecho. Haciendo un paralelismo que se juzga pertinente, cabe afirmar que una teoría tal incurriría en las mismas incorrecciones que en su momento ocasionó el entendimiento de la ley como una manifestación verdadera de la razón (y por tanto incuestionable) –visión propia del positivismo ideológico extremo–³¹⁷, y no

³¹⁶ Cfr. Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 45.

³¹⁷ Es cierto, sin embargo, que en el marco del positivismo ideológico la razón con la que se identifica la ley (o el Derecho positivo, en general) no es una razón con un determinado contenido. Desde este enfoque, brillantemente defendido por Hobbes, la ley representa la razón porque con su obediencia está garantizado el orden, y por ende, la *salus populi* (la seguridad del pueblo). Por ello, bien puede afirmarse que la seguridad es un valor sin contenido, aunque no por ello inocuo. Bien ha destacado Bobbio que «en la obra política de Hobbes no se encuentran ideales éticos en los que las leyes deberían inspirarse (...), sino la elaboración de un mecanismo jurídico eficiente que (...) pudiera servir para la instauración del orden» (cfr. Bobbio, N., «Formalismo jurídico y formalismo ético», en: A. Ruiz Miguel (editor), *Contribución*

como una entidad idealmente racional, es decir, como una entidad a la que hay que cobijar de razón, porque en sí misma no necesariamente la alberga. Es por ello que con atino Bobbio ha enfatizado que una cosa es «el Derecho de la razón», y otra, muy distinta, «la razón en el Derecho»³¹⁸.

La comprensión del Derecho como una realidad normativa completa tiene una íntima relación con una visión del sistema como una suma de reglas cerradas, mientras que el entendimiento de la plenitud del sistema como ideal no es incompatible con la aceptación de que en el ordenamiento (cuando menos parcialmente) existen una serie de principios, entendidos como normas de estructura abierta y representantes de una importante indeterminación deóntica. Es más, analizado el asunto en perspectiva histórica, el Derecho como integridad y la inclusión en él de una serie de principios, no solo guardan una relación de compatibilidad, sino de vinculación. Cuando hacia la primera mitad del siglo XVII el positivismo teórico empieza a asumir una posición de dominio en el pensamiento jurídico, un enfoque realista a propósito de la manera en que los órganos de administración de justicia resolvían ciertos casos sometidos a su fuero, llevó a que en buena parte de los Códigos de la Europa continental se reconocieran a los principios (particularmente, a los denominados «principios generales del Derecho») como fuente de Derecho, en ánimo de no dejar nada librado a la «invención» del intérprete.

El fenómeno de la codificación es plasmación de la búsqueda por hacer del Derecho un sistema integral y cierto, en el que no quede margen para la creación jurídica por parte del aplicador. Un enfoque que asume que el razonamiento práctico no es necesario para que el sistema jurídico sea pleno, pues ello se alcanza, supuestamente, solamente con la creación jurídica legislativa. Se trata de dejar instituida la idea de que el razonamiento práctico no es creativo, sino deductivo, por lo que siendo solo la vía de traslación del Derecho hacia la realidad social, nada aporta a aquél.

La codificación, en buena medida, nace en respuesta a una judicatura que se había tornado impredecible, y por ende, manifiestamente arbitraria. Como bien nos

a la *Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 113). En efecto, esto queda bastante claro en diversos pasajes de la obra hobbesiana *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos* (traducción de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992): «No hay entre los hombres de ninguna nación una razón universal sobre la que estén de acuerdo, excepto la razón de aquél que tiene el poder soberano; y aunque su razón sea en realidad solo la razón de un hombre, se ha establecido para ocupar el lugar de esa razón universal» (p. 21); «no puede haber una ley escrita contraria a la razón; porque no hay nada más razonable que el que todos los hombres obedezcan las leyes a las que han dado su consentimiento» (pp. 60 – 61). El pensamiento de Hobbes es pues exponente, en el mejor de los casos, de la identidad entre voluntad y razón, y en el peor, del sometimiento de la razón a la voluntad: «no es la sabiduría, sino la autoridad, la que hace una ley» (p. 6).

³¹⁸ Cfr. Bobbio, N., «La razón en el Derecho (observaciones preliminares)», en: *Doxa*, N.º 2, 1985, p. 19 y ss.

recuerda Cappelletti, la tradición moderna del *civil law*, particularmente la francesa, tiene en sus albores el temor a los tribunales del Antiguo Régimen, paradójicamente llamados *Parlements*, los cuales imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano que consideraban contrarios a «las leyes fundamentales del reino»; leyes no escritas que respondían llanamente al arbitrio de su conservadurismo y a la necesidad de mantener el *statu quo* en beneficio de la nobleza³¹⁹. Se trataba de órganos que operaban de modo heterogéneo, y con capacidad para desconocer por razones antojadizas las leyes y los decretos, a lo que se agregaba el hecho de que no se encontraban obligados a motivar sus decisiones, sino simplemente a decidir. Cada uno de estos tribunales fungía de creador de un Derecho general, y tal vez por ello originalmente el término jurisprudencia no se asociaba –como podría entenderse hoy en día– a la capacidad de la judicatura de decidir de manera reiterada casos similares bajo una misma *ratio iuris*, sino al Derecho propio de cada Tribunal y creado por este *ex novo*³²⁰.

Frente a las tendencias de los tribunales del Antiguo Régimen, la burguesía revolucionaria rescataba a la ley como la supuesta antítesis de la arbitrariedad judicial, cuyo respeto y aplicación mecanizada aseguraría –cuando menos en teoría– la respuesta homogénea y predecible del Derecho a los conflictos sociales.

De esta manera, al triunfo de la revolución acompañaba una desconfianza frente a la judicatura, además de una pleitesía al Parlamento (representante de la voluntad general) y a su principal producto: la ley. La Constitución era considerada mera norma política, incapaz de vincular al poder³²¹, y en las primeras leyes post-revolucionarias los tribunales de justicia aparecieron sometidos «matemáticamente» al dictado de las leyes³²². Tal vez baste poner como ejemplo los artículos 10º y 12º de la ley revolucionaria sobre la organización judicial de agosto de 1790, cuyos preceptos se convertirían en la piedra angular de la judicatura francesa y de aquellas inspiradas en

³¹⁹ Cfr. Cappelletti, M., «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”», traducción de P. de Luis Durán, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 6, N.º 17, Mayo – Agosto 1986, pp. 20 - 25.

³²⁰ Como se sabe, mucho antes de que el término jurisprudencia se relacione con las decisiones jurisdiccionales, venía a designar a la ciencia misma del Derecho. Con el tiempo el concepto se asociaría también y predominantemente al pronunciamiento de los tribunales, tanto para designar al conjunto de las sentencias y a la doctrina que contienen, como para referirse al criterio jurídico uniforme establecido en una pluralidad de sentencias. Sobre la evolución y las distintas acepciones del concepto cfr. Díez-Picazo, L., «La jurisprudencia», en: *El Poder Judicial*, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983, p. 267 y ss.

³²¹ El artículo 16º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano («Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución»), era una buena síntesis del correcto concepto de Constitución, pero nada más, pues en su tiempo se encontró muy lejos de ostentar una real eficacia jurídica.

³²² El temor de los revolucionarios franceses frente a los órganos con competencias jurisdiccionales condenó al olvido el proyecto del *Jury Constitutionnaire* presentado por Sieyès, que consistía en un sistema avanzado de control de la constitucionalidad de las leyes a cargo de un órgano distinto del Poder Judicial (cfr. Carpio, E., «Un antecedente del Tribunal Constitucional: El *Jury Constitutionnaire* (Una lectura heterodoxa de Sieyès)», en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1, 1999, pp. 56 - 71)

esta. Dichos artículos señalaban, respectivamente, que «los tribunales judiciales no podrán tomar parte, directa o indirectamente, en el ejercicio del poder legislativo, ni impedir o suspender la ejecución de los decretos del cuerpo legislativo...» y que «deberán remitirse al cuerpo legislativo siempre que encuentren necesario interpretar una ley u obtener una nueva» (sistema del *referé legislatif*)³²³.

Estas normas de la revolución, de notable influencia en el devenir del Derecho continental, encuentran un conveniente complemento en una célebre frase pronunciada por Robespierre en la sesión de la Asamblea Nacional francesa del 18 de noviembre de 1790: «El término jurisprudencia debe borrarse de nuestra lengua. En un Estado que tiene una Constitución, una legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la ley»³²⁴. En la misma sesión Le Chapelier diría: «El Tribunal de Casación no deberá tener jurisprudencia. Si la jurisprudencia de los Tribunales, la más detestable de todas las instituciones, existiera en el Tribunal de Casación, habría que destruirla...»³²⁵.

Y fue así que, en efecto, tras su creación en 1790, el Tribunal de Casación francés no era propiamente un supremo intérprete unificador de las distintas interpretaciones de la ley que pudiesen presentarse a nivel de los estrados judiciales inferiores, sino un órgano encargado, por así decirlo, de que la interpretación judicial de la ley no exista, o, en todo caso, de que solo triunfe la interpretación literal como eco de la prístina razón del legislador reflejada en el texto de la ley, entendida en ese entonces como la suprema fuente de Derecho. Propósito ciertamente utópico en el común de los casos.

Tras su desaparición en el siglo XIV, el deber de motivar las resoluciones judiciales reaparece en Francia con la legislación revolucionaria de 1790, pero el propósito de su plasmación no es permitir al juez flexibilizar la literalidad del ordenamiento mediante la interpretación, sino, por el contrario, examinar su fidelidad ciega a la ley. Tal como señalaba H. Reichel, en ese escenario, «los fundamentos de la resolución judicial tienen por objeto, no solo convencer a las partes, sino más bien fiscalizar al juez con respecto a su fidelidad legal, impidiendo sentencias inspiradas en una vaga equidad o en el capricho»³²⁶.

Ahora bien, si la Codificación debía hacer gala de la plenitud y certeza jurídicas, solo cabían dos posiciones frente a los principios: ser escéptico frente a su

³²³ Como bien apuntaba I. de Otto, si acaso cabe reconocer algún valor al recién citado artículo 12º es que con él se venía a reconocer el valor normativo que también posee la interpretación, pues es esa la razón por la que ella quedaba reservada al Parlamento soberano (cfr. Otto, I. de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 42).

³²⁴ Citado por De Otto (cfr. *Idem*).

³²⁵ Citado por L. Díez-Picazo, (cfr. Díez-Picazo, L., «La jurisprudencia», ob. cit., p. 273).

³²⁶ Cfr. Reichel, H., *La ley y la sentencia (Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último)*, ob. cit., p. 9.

cognocibilidad y no hacer referencia a ellos en los códigos, o asumir que son concretizables a través de algún método objetivo e incorporarlos en la positividad del Derecho. No había espacio para una posición intermedia, esto es, para aceptar su previsión en el Derecho, a pesar de asumir que la concreción de su contenido requiere de una labor interpretativa no relacionada con métodos cercanos a la objetividad.

El Código napoleónico de 1804 optó por no hacer referencia a ellos³²⁷, pero otros, reconociendo que los principios habían desempeñado históricamente un rol en el razonamiento de los operadores jurídicos y que, consecuentemente, no podían ser desconocidos en el momento de la plasmación positiva de las fuentes jurídicas, optaron por incluirlos, aunque generalmente reconociéndoles una funcionalidad subsidiaria. Es el caso, por ejemplo, del Código austriaco de 1811, cuyo artículo 6º establecía que «Si no se puede decidir una cuestión jurídica ni conforme a las palabras, ni según el sentido natural de una ley, se tendrá en cuenta lo que se decida por la ley en los casos semejantes, y los fundamentos de otras leyes análogas. Si resultase aún dudoso el caso, se decidirá de acuerdo con las circunstancias, cuidadosamente recogidas y maduramente pesadas, según los principios jurídicos naturales». Resulta interesante observar que la referencia a los principios viene precedida, a su vez, de un expreso llamado a la valoración de *las circunstancias* y a su respectivo sopeso. Una suerte de ponderación o *balancing* que, como se verá en el capítulo 4, es el método que suele asociarse con la resolución de conflictos principales.

Con todo, que al término «principios jurídicos» haya acompañado el calificativo de «naturales», es probable que obedeciera al ánimo de dejar constancia de que ellos gozan de un fundamento anterior al reconocimiento positivo estatal. Fundamento anterior que, no obstante, de conformidad con el pensamiento de la época, no autorizaba margen de discrecionalidad alguna al momento de su aplicación, no solo porque tendrían una actuación residual, sino también, y fundamentalmente, porque serían reflejo de una moral correcta a la que es posible acceder objetivamente por medio de la razón, y que por vía de la plasmación positiva de los principios ha quedado incorporada al Derecho, dotándola de autoridad jurídica.

Sin perjuicio de ello, las referencias a un orden natural poco a poco serían abandonadas en los sucesivos Códigos de tradición romano-germánica. Es así que el artículo 15º del Código civil Albertino de 1837, a pesar de inspirarse en el reseñado Código austriaco, disponía: «Cuando una cuestión no se puede decidir por la letra ni el sentido natural de la ley, se tendrá en cuenta lo que decida la ley en los casos

³²⁷ Cfr. Castro, F. de, *Derecho Civil de España (1949 – 52)*, Civitas, Madrid, 1980, p. 407.

semejantes o en los fundamentos de otras leyes análogas, permaneciendo el caso dudoso, deberá decidirse según los principios generales del Derecho». El artículo 3º del Código civil italiano de 1865, tuvo una redacción esencialmente idéntica. Mientras que el artículo 12º del actual Código civil italiano (1942), refiere que de mantenerse el caso dudoso se recurrirá a los «principios generales del ordenamiento jurídico del Estado».

En España se siguió un tránsito similar. El Código civil español de 1889, en el segundo párrafo de su artículo 6º, disponía: «Cuando no hay ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». El artículo 1º 4 del actual Código civil español, establece que «Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de la ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico».

Puede observarse, en consecuencia, que el ánimo de hacer del Derecho un sistema pleno, obligó en muchos casos a incorporar los principios al ordenamiento, como un claro intento de garantizar que ninguna solución jurídica requiera exploración en fuentes extrasistémicas, menos aún en un escenario en el que se pretende no dejar nada librado a la discrecionalidad del aplicador del Derecho, en particular, de los jueces. El asunto ha sido claramente expuesto por Prieto, al referir que la Codificación

«... elevó a la categoría de dogma dos reglas o criterios tendencialmente contradictorios, a saber: que el juez no puede negarse a fallar alegando oscuridad o inexistencia de norma aplicable al caso y que el juez representa una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, según célebre definición de Montesquieu, nunca un órgano creador de Derecho. Naturalmente, para hacer compatibles ambos postulados era necesario asentar un tercer dogma, el de la plenitud y coherencia del Derecho, el de la ausencia de lagunas y antinomias (...). Pero, a su vez, para que este último dogma tuviese alguna apariencia de verosimilitud no bastaba con afirmar un tanto arbitrariamente la omnisciencia y omnipresencia del legislador, sino que resultaba imprescindible, entre otras cosas, ofrecer un cuadro completo de las fuentes del Derecho; es decir, asegurar (también en apariencia) que el juez se halla en condiciones de encontrar siempre la norma aplicable al caso»³²⁸.

Si la supresión en los Códigos de toda referencia a una juridicidad natural significaba incidir en la desconexión de los principios con un fundamento de tal carácter, para situarlos como una mera referencia a los principios expresamente enunciados por el Derecho positivo o que derivaban manifiestamente de sus respectivas disposiciones, es un debate que permaneció y permanece abierto. Así, R. Jiménez ha puesto de relieve que mientras en Italia la doctrina mayoritaria fue

³²⁸ Cfr. Prieto, L., «La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas», en: J. Betegón (*et al.*), *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 335.

decantándose por considerar a los principios generales del Derecho como ajenos al Derecho natural, en España ocurría lo contrario³²⁹. No obstante, queda bastante claro que dado que actualmente en la mayoría de Estados existe un reconocimiento positivo (normalmente al más alto nivel del ordenamiento) de una serie de principios que presiden organizativa y axiológicamente el conjunto del sistema, aquel problema ha pasado a ser menos apremiante.

2. Las definiciones del concepto «principios».

Los principios han merecido en la doctrina jurídica una caracterización bastante heterogénea. Como quedó expuesto, la referencia a los principios generales del Derecho que antaño se asumía como intuitivamente unitaria, no solo ha pasado a considerarse como manifiestamente difusa en sí misma, sino que ahora es percibida como insuficiente al momento de aludir al fenómeno de los principios jurídicos³³⁰.

Carrió por ejemplo, anticipando que no se trata de una lista con pretensiones de taxatividad, enuncia una variedad de sentidos que suelen ser atribuidos al concepto de principios. Así, considera que el término se usa para referirse a criterios de interpretación y aplicación de las reglas jurídicas; para hacer alusión a rasgos o aspectos importantes de un ordenamiento que son necesarios tener en cuenta para describirlo con propiedad; para expresar generalizaciones ilustrativas obtenidas a partir de las reglas del sistema; para referirse a los fines u objetivos perseguidos por las reglas; para designar pautas a las que se atribuye un contenido intrínsecamente justo; para hacer referencia a disposiciones que reflejan la moral interna del Derecho; para hacer referencia a guías dirigidas al legislador; para aludir a exigencias de justicia y moral positivas y que se consideran sustentadas en la conciencia jurídica popular; para referirse a máximas que provienen de la tradición jurídica; para hacer alusión a una fuente generadora de reglas; y para aludir a enunciados que derivan de una enigmática esencia de los conceptos jurídicos³³¹.

A esta lista Igartua agrega otros usos de la noción principios, algunos de los cuales es pertinente rescatar: para designar aquellas normas positivas que gozan de un carácter «fundamental»; para identificar reglas de naturaleza «suprasistémica» que se inducen mediante una comparación entre distintos sistemas jurídicos; para aludir a

³²⁹ Cfr. Jiménez, R., «Los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español», en: *Revista telemática de filosofía del Derecho*, N.º 3, 1999 – 2000, p. 5.

³³⁰ «[L]a rúbrica de los “principios generales” ha perdido su presunta homogeneidad y ahora el vocablo “principio” es un atributo definitorio de elementos cuya naturaleza y alcance varían» (cfr. Igartua, J., «Sobre “principios” y “positivismo legalista”», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N.º 14, 1986, p. 29).

³³¹ Cfr. Carrió, G., «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5ta. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pp. 209 - 212.

normas del «Derecho natural» fundadas en criterios de justicia, equidad, etc.³³². Mientras que Atienza y Ruiz Manero³³³, además de hacer alusión a usos esencialmente iguales a los referidos, mencionan que también se acude al término principios para asignar normas cuyas propiedades relevantes de aplicación son muy generales³³⁴; también para hacer referencia a disposiciones redactadas en términos particularmente vagos, en el sentido de aquellos que no son solo indeterminados en su periferia, sino en su propia sustancia³³⁵.

No cabe soslayar que en algunas de las antedichas definiciones del concepto «principios», se ha establecido su relación con el Derecho natural. En efecto, A. Aarnio, por ejemplo, luego de aludir a definiciones de principios muy semejantes a la mayoría de las que han sido planteadas, desde un punto de vista descriptivo, también alude a los que denomina «principios extrasistémicos», en referencia a *principios morales* que «pueden tener importancia para la discrecionalidad judicial como bases para la toma de decisiones al elegir entre diferentes significados alternativos de una formulación normativa ambigua. Al hacer esto, los principios morales “se vuelven” jurídicamente relevantes»³³⁶.

Como afirmación descriptiva de lo que puede suceder en cualquier sistema jurídico puede aceptarse, pero no como una afirmación acerca de lo que *debe* suceder en el marco de los Estados Constitucionales. En ellos, como se ha enfatizado en el capítulo 2, el punto de cierre jurídico es la defensa de la dignidad de la persona humana, y por ende, no es posible acudir a principios morales extrasistémicos, puesto que ello situaría en serio compromiso los valores protegidos jurídicamente por el sistema. Por lo demás, entender que en los Estados Constitucionales está autorizada a los jueces una discrecionalidad en sentido fuerte, es justamente entender que ello abre el camino a los principios morales que el juez acoja. Y ello ya no solamente es peligroso para la dignidad humana, sino que además se encuentra reñido con un positivismo jurídico convencionalista. Tal como refiere Bayón, un mero otorgamiento genérico de discrecionalidad para la toma de decisiones jurídicas «convertiría al Derecho en una convención que se autoanula»³³⁷.

³³² Cfr. Igartua, J., «Sobre “principios” y “positivismo legalista”», ob. cit., p. 31.

³³³ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, 2004, pp. 25 - 26.

³³⁴ Como ejemplo proponen el artículo 1091º del Código civil español: «las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos».

³³⁵ Como ejemplo proponen el artículo 7º 2 del Código civil español: «la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo».

³³⁶ Cfr. Aarnio, A., «Las reglas en serio», en: A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (compiladores), *La normatividad del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 22.

³³⁷ Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en: M. C. Redondo y P. Navarro (compiladores), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 81.

Es cierto que hay autores que, comulgando con los valores del Estado Constitucional, asumen sin embargo a los principios como el punto de conexión necesaria entre el Derecho y *una* moral. Es el caso, por citar solo algunos ejemplos, de Alexy³³⁸, Dworkin³³⁹ o Vigo³⁴⁰. Pero aquí no se comparte esta idea. No solo porque, como se ha dicho, en el escenario de los Estados Constitucionales sería una tesis peligrosa para la vigencia de la dignidad humana como criterio último de validez jurídica, sino también porque, por paradójico que resulte, la propia dignidad humana, desde el plano estrictamente moral, impide medir la validez del Derecho que un pueblo asume para sí como válido, desde criterios morales foráneos a ese Derecho. La imposición de tales criterios morales para invalidar su sistema jurídico, cosificaría a ese pueblo, negándoles su dignidad. Si se quiere, el asunto puede plantearse así: tomarse en serio la dignidad humana en el plano moral, prohíbe moralmente ser *iusnaturalista*.

En todo caso, cuando menos en los Estados Constitucionales, tal como refiere Prieto, hoy se da por más o menos sentado que «cuando se habla de principios se alude a principios jurídicos que cuentan con un indudable respaldo en el sistema; es más, por lo común se piensa en principios constitucionales»³⁴¹.

Teniendo en cuenta estas precisiones, a partir de este cúmulo de concepciones, puede decirse que, en términos generales, cuando se alude a los principios, se hace referencia a un particular tipo de normas jurídicas, caracterizadas por un grado importante de fundamentalidad no solo de rango, sino también de contenido, que están expresadas en términos generales (indeterminados), y que usualmente denotan una estructura normativa abierta. Abierta, en el sentido de que «a veces reciben el nombre de principios aquellas normas que carecen o que presentan de forma fragmentaria la determinación fáctica, es decir aquellas normas que, incluso

³³⁸ Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, ob. cit., p. 73 y ss. La idea de Alexy es, entre otros, compartida por J. Sieckmann, quien afirma lo siguiente: «la validez jurídico-constitucional de los principios puede derivarse directamente de su justificación material y su validez moral. No es preciso ningún acto de positivación normativa del legislador constitucional para justificar su validez jurídico-constitucional» (cfr. Sieckmann, J., «Los derechos fundamentales como principios», en: J. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 49).

³³⁹ Cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts, 1986, p. 404 y ss.

³⁴⁰ Cfr. Vigo, R., «Una teoría distintiva “fuerte” entre normas y principios jurídicos», en: J. Delgado y R. Vigo, *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 127 – 131. En los tres autores recién citados hay una fuerte crítica al positivismo jurídico, aunque no para todos ello significa necesariamente acoger el *iusnaturalismo*. No obstante, Vigo sí lo asume abierta y expresamente: «los principios no son propiamente “creados” por actos humanos, sino que el hombre simplemente los reconoce y los declara prudentemente, y su marginamiento afecta la juridicidad que pide y debe ser consagrada como Derecho vigente. (...). [L]a postulación fuerte de los principios implica desligarlos del decisionismo humano y, por ende, aceptar alguna versión *iusnaturalista* o *metapositivista*» (pp. 128 – 129).

³⁴¹ Cfr. Prieto, L., *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 18.

eliminados los problemas de imprecisión o vaguedad, no podemos saber a ciencia cierta cuándo han de ser aplicadas»³⁴².

Juridicidad, fundamentalidad, generalidad y apertura, pueden pues ser asumidos como los rasgos que suelen caracterizar a los principios de un sistema jurídico. Sin perjuicio de lo cual debe asumirse desde ahora que tanto la fundamentalidad, la generalidad como la apertura a las que se alude, no deben ser entendidas como conceptos absolutos, sino graduales³⁴³, tanto en relación con otras normas como en relación con los casos a los que se aplican. En efecto, que los principios puedan ser calificados como fundamentales o generales, no significa que no puedan existir reglas revestidas de una importante dosis de fundamentalidad o generalidad. Significa tan solo que los principios suelen ostentar una mayor fundamentalidad o carga axiológica, y una mayor generalidad. Asimismo, atendiendo a lo determinante que su contenido pueda significar para la decisión, un mismo principio puede tener un mayor o menor grado de fundamentalidad en distintos casos. Y atendiendo a qué tan directa haya sido la aplicación del principio en la resolución de una causa, podrá predicarse de él un distinto grado de indeterminación.

3. Principios y razonamiento jurídico.

Ahora bien, desde luego, que los principios sean jurídicos evita un problema (el de rebasar las fronteras del sistema para encontrar la fuente de la que emanan), pero añade nuevos. Así por ejemplo, del uso que se asigna a los principios generales del Derecho en los Códigos, resulta que su función vendría a consistir en algo así como servir de fuente para la solución de casos en defecto de la legalidad en sentido general (Constitución, ley, reglamentos, etc.) y de la costumbre, es decir, en presencia de una laguna del Derecho. En tal sentido, parecería partirse de la premisa de que tales principios no están recogidos ni en la Constitución, ni en la ley, ni, en general, en ninguna norma positiva, puesto que de estarlos, no existiría el supuesto «defecto» que autorizaría recurrir a ellos. Y entonces la pregunta se hace evidente: si los principios no se encuentran previstos en ninguna norma positiva, ¿dónde se encuentran? La respuesta, desde luego, no podría ser que se encuentran en el Derecho natural. De ser así, todo se situaría nuevamente en el punto de inicio del problema.

Lo que la alusión a los principios generales del Derecho en este contexto parece indicar, no es que en casos dudosos (entiéndase, casos que no se subsuman con

³⁴² Cfr. Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», en: *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998, p. 52.

³⁴³ Cfr. Prieto, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2013, pp. 21 - 22.

claridad en el texto de ninguna de las fuentes positivas o en una costumbre jurídica ampliamente arraigada) el aplicador pueda recurrir a fuentes extrasistémicas, sino que acuda a un modo particular y más complejo de razonamiento jurídico, sustentándose en principios que, derivados del Derecho³⁴⁴, revistan un grado superior de fundamentalidad y apertura. Visto así el asunto, «bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación»³⁴⁵.

Nótese, sin embargo, que, de conformidad con la exigencia de los Códigos, el uso de este razonamiento más complejo pasa a ser un recurso residual. En efecto, el razonamiento subsuntivo, usualmente vinculado con un criterio literal de interpretación, sería –si seguimos fielmente el tenor de la regla– el criterio principal y primigenio a utilizar, y solo en su defecto se pasaría a un modo distinto de razonamiento. Esto evidentemente puede llevar a una jerarquización de los métodos interpretativos, con independencia de la justicia derivada de sus respectivas consecuencias normativas.

Por otra parte, si el llamado a los principios generales del Derecho supone acudir a un razonamiento particular de argumentación, pero siempre sustentado en las fuentes preestablecidas, su asociación con la cobertura de lagunas del Derecho pasaría a ser un simple mito. Y es que, como bien apunta García Figueroa, «[l]a elaboración de principios generales del derecho, está atribuida a la ciencia jurídica, sin que esta pueda modificar la base del sistema. Sin embargo, tal modificación es precisamente lo que se requiere de los principios cuando son llamados *in ultimum subsidium* para la integración del sistema»³⁴⁶. Y como concluye el mismo autor, «[e]ste tipo de inconvenientes favorece una interpretación no positivista de los principios generales del derecho tal y como son contemplados en los códigos»³⁴⁷. En efecto, si los principios deben cubrir lagunas, pero no sirven para modificar la base del sistema, es decir, para desenvolverse creativamente en el marco del Derecho positivo, será menester explorar en las afueras del ordenamiento, en cuyo caso no quedaría más remedio que convenir con Del Vecchio cuando señala que «[e]s más conforme a la verdad el admitir francamente que en todo sistema jurídico existen lagunas (...); pero

³⁴⁴ La derivación de los principios de las normas jurídicas puede deberse a que estas los enuncian claramente o a que derivan interpretativamente de tales enunciados. Como refiere Ansuátegui, «los principios generales del Derecho pueden ser explícitos o implícitos. En el primer caso, estamos en presencia de contenidos normativos que forman parte de aquella norma que los enuncia. Por lo tanto, en este caso, los principios, como fuente de Derecho, carecerían de autonomía respecto a aquella norma que los incluyera. En el segundo caso, los principios implícitos adquieren operatividad jurídica a raíz de la actividad de operador jurídico, el juez, que toma una determinada decisión» (cfr. Ansuátegui, F. J., «Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», en: AA. VV., *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Prof. Mario G. Losano*, ob. cit., p. 547).

³⁴⁵ Cfr. Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», ob. cit., p. 50.

³⁴⁶ Cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 136.

³⁴⁷ Cfr. *Idem*.

(...) el mismo sistema positivo ofrece el medio para poder llenar esas lagunas, merced al recurso a fuentes subsidiarias y en última instancia al Derecho Natural»³⁴⁸.

Lo cierto, sin embargo, es que, como ya se ha señalado, el recurso al Derecho natural lejos de simplificar las cosas, las complica³⁴⁹. Parece más adecuado partir de la tesis de que con los elementos que brinda el propio sistema, ante los casos de difícil solución, aquel está obligado a recrearse vía interpretación e integración de las normas existentes, siempre que se esté dispuesto a aceptar, de un lado, que esta operación no es siempre científicamente controlable, sino que a veces es, simplemente, dialéctica e intersubjetivamente analizable, y de otro, que, en consecuencia, el intérprete no siempre es un derivador deductivo, sino también un operador creativo³⁵⁰, pero limitado. A su vez, esto implica no poner en tela de juicio que es posible extraer normas a partir de normas³⁵¹.

4. Tesis sobre inexistencia de la separación conceptual entre principios y reglas: el Derecho como sistema de reglas.

Sin embargo, la aceptación de que el Derecho puede estar conformado, cuando menos en parte, por un grupo de normas que pueden ser calificadas como principios, en oposición a otra categoría de normas denominadas reglas, no es pacífica. Y menos pacífico aún es el debate en torno a los argumentos que justificarían la diferenciación. Como se verá a continuación, existen posturas que niegan la diferenciación de las normas entre principios y reglas, a partir de la consideración de que un análisis riguroso del asunto no permite aceptar la existencia de los primeros.

Desde esta tesis se sostiene, en líneas generales, que de una u otra manera el ordenamiento se encuentra compuesto o puede ser reconducido a una suma de reglas más o menos complejas, es decir, a normas de estructura cerrada, y, en consecuencia, con un gobierno pleno sobre los hechos que están llamadas a regular.

³⁴⁸ Cfr. Vecchio, G. del, *Filosofía del Derecho*, 5ta. edición, traducción de L. Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1947, p. 339.

³⁴⁹ Cfr. Miceli, V., «I principi generali del diritto», en: *Rivista di diritto civile*, Año XV, 1923, p. 36 y ss.

³⁵⁰ Es por ello que muchos positivistas, en consonancia con la tesis de la discrecionalidad judicial, se sienten más cómodos cuando un ordenamiento reconoce abiertamente que ante las lagunas, un juez debe hacer las veces de legislador. Así por ejemplo, según da cuenta García Figueroa (cfr. *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 137), en un curso de Doctorado celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona en el año 1992, E. Bulygin se mostraba partidario de un artículo como el primero del Código civil suizo. Como se sabe, dicho artículo reza lo siguiente: «La ley rige todas las materias que estén dentro de la letra o del espíritu de cualquiera de sus mandatos. A falta de una ley aplicable el juez debe dictar sentencia de acuerdo con el derecho consuetudinario, y a falta de una costumbre, de acuerdo con las reglas que él establecería si tuviera que asumir el papel de legislador. Debe, sin embargo, extraer su inspiración de las soluciones consagradas por la doctrina de los juristas y la jurisprudencia de los tribunales».

³⁵¹ Cfr. Guastini, R., «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en: E. Lecalano y L. Gianformaggio (editores), *Etica e diritto. La via della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986, p. 173 y ss.

Evidentemente, se trata de posiciones en las que el fenómeno de la derrotabilidad no tiene lugar. Entre ellas cabe destacar la perspectiva de la lógica deóntica y la teoría interna de los derechos fundamentales.

4.1 La perspectiva de la lógica deóntica.

Desde la perspectiva de la lógica deóntica, el problema de los principios y de la derrotabilidad en realidad sería un falso problema, puesto que sería consecuencia de una confusión de conceptos. En efecto, según sostiene Alchourrón, afirmar que existen determinadas normas jurídicas –los principios– que no encierran las condiciones suficientes para su aplicabilidad –como sucede con las reglas–, sino solo condiciones contribuyentes para tal propósito, supone confundir la variabilidad de nuestras creencias, con las consecuencias lógicas que podemos derivar de estas. Una cosa sería que la conformación de las normas del sistema pueda resultar alterada como consecuencia de la mutación de nuestras convicciones en el devenir del tiempo, y otra distinta que una vez configuradas con claridad dichas normas no podamos derivar de ellas consecuencias plenamente lógicas. El profesor argentino consideraba que tomarse en serio la derrotabilidad jurídica supondría defender la tesis conforme a la cual, en última instancia, no es posible derivar de las normas jurídicas soluciones concretas para casos particulares, pues no podría saberse con antelación si en los referidos casos subyace una excepción implícita que impida la aplicación de la norma jurídica³⁵². En tal sentido, si la derrotabilidad es una propiedad del Derecho, a las normas jurídicas no sería aplicable la «universalidad lógica», es decir, aquella que exige que la forma lógica de las normas sea la de un condicional universalmente cuantificado (sin excepciones implícitas o potenciales)³⁵³.

Una de las premisas de la que parte la lógica deóntica es la diferenciación entre casos individuales y casos genéricos³⁵⁴. Los casos individuales aluden a las situaciones de hecho reales (estados de cosas) que se producen en un espacio y tiempo determinados, cada uno de los cuales se identifica con una determinada propiedad que puede o no coincidir con la de otro(s); mientras que los casos genéricos son aquellos que en el plano normativo contemplan las propiedades con las que pueden ser identificados los casos individuales. En consecuencia, para la lógica

³⁵² Cfr. Alchourrón, C., «Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables» (traducción de M. I. Pazos, A. M. Iglesias y J. L. Rodríguez), en: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 77 – 127.

³⁵³ Sobre la «universalidad lógica», véase Alchourrón, C. «Separación y derrotabilidad en lógica deóntica» (traducción de J. L. Rodríguez), en: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, op. cit., 141 – 153. También, cfr. Redondo, M. C., «Razones y normas», en: *Discusiones*, N.º 5, 2005, pp. 29 – 64.

³⁵⁴ Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975, p. 57 y ss.

deóntica, la solución de todos los casos genéricos, conlleva la solución de todos los casos individuales.

Desde esta perspectiva, los casos individuales se resuelven de conformidad con la correlación de los casos genéricos establecidos en el sistema y las excepciones previstas en el mismo, bajo una lógica deductiva³⁵⁵.

Así pues, la lógica deóntica no admite que las excepciones a la aplicación de las normas puedan ser calificadas de implícitas: «como el conjunto de los enunciados que componen un sistema jurídico positivo es finito, podría pensarse que por este proceso puede llegarse a la identificación de todas las excepciones, de modo que el producto final de la interpretación constituirá un sistema de reglas, de normas inderrotables»³⁵⁶. Y no acepta tampoco que la acción de determinados principios morales pueda alterar este razonamiento puesto que «si esos principios morales han sido receptados en enunciados que integran el sistema, ellos estarán sujetos al mismo proceso de revisión en función de los restantes enunciados del sistema y de los criterios de preferencia que se admita entre ellos»³⁵⁷.

A partir de lo expuesto, bien puede sostenerse que aunque la lógica deóntica acepta que en el fenómeno jurídico existen procesos dinámicos, prefiere conceptualizar y analizar el Derecho en un momento estático, es decir, en un punto inicial ideal o en un punto consecuencial luego de operada una mutación o reformulación como consecuencia de una modificación normativa o de una revisión interpretativa, y antes de que una nueva modificación o revisión se lleve a cabo.

Si ello es así, con prescindencia de que esta forma de aproximarse al fenómeno jurídico resulte o no útil en su aplicación al razonamiento jurídico³⁵⁸, seguramente no habría modo de rebatir la inderrotabilidad de las normas de este sistema. Se trataría, sin duda, de un sistema completo, finito. Pero no habría tampoco razón para confrontarlo con la tesis de la derrotabilidad jurídica –por lo menos, no con la que se defiende en este estudio– pues evidentemente esta se sitúa en otro plano, en el plano

³⁵⁵ Tal como refiere Bulygin, la perspectiva del análisis que utilizó con Alchourrón se basaba en la noción de sistema deductivo elaborada por A. Tarski en su trabajo *Logic, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956 (cfr. Bulygin, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en: *Doxa*, N.º 9, 1991, p. 257).

³⁵⁶ Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», ob. cit., p. 288.

³⁵⁷ Cfr. *Ibem*.

³⁵⁸ Bayón lleva razón al afirmar que «si una norma se concibe como el resultado de combinar varias disposiciones legales distintas, de manera que la totalidad de condiciones positivas y de excepciones a las que esté sujeta una determinada consecuencia jurídica queden resumidas en un antecedente único que constituya una condición suficiente para dicha consecuencia, difícilmente podrá ser el punto de partida del razonamiento jurídico: será más bien su punto de llegada. O dicho de otro modo: no podemos razonar a partir de normas concebidas en esos términos, porque solo accedemos a ellas cuando el razonamiento alcanza su conclusión. Por tanto, no deberíamos considerar que una norma con todas las excepciones relevantes incorporadas ya en su antecedente es una premisa adecuada para el razonamiento jurídico» (cfr. Bayón, J. C., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», en: *Doxa*, N.º 24, 2001, pp. 49 – 50).

de la interpretación del Derecho, y concretamente, en el modo específico cómo esa interpretación opera. En otros términos, la derrotabilidad –desde la perspectiva con la que aquí se la aborda– tiene una consubstancial relación con la fuerza de las razones morales que puedan derivarse de las normas jurídicas, dimensión respecto de la cual, como bien se ha advertido³⁵⁹, nada se dice ni pretende decirse en la interesante teoría de Alchourrón y Bulygin. Frente a la creencia de que la función de la lógica en el Derecho consistiría en la descripción de distintas formas de argumentación desarrolladas para justificar posturas jurídicas y tratar de perfeccionarlas, Alchourrón afirma: «[e]sta sería una tarea maravillosa, pero desafortunadamente la lógica no es capaz de llevarla a cabo», para luego agregar que «[l]a lógica puede ser usada para evaluar la consistencia y la completitud de un sistema jurídico, pese a que no puede brindarnos ninguna ayuda para superar las inconsistencias o las lagunas que puedan encontrarse en él»³⁶⁰.

Sucede, no obstante, que entre determinados defensores de la lógica deóntica se deslizan afirmaciones que atañen ya no solo a la descripción de lo que puede ser la fotografía de un momento del Derecho, sino al contenido de sus fuentes. Se trata de afirmaciones a partir de las cuales parece concluirse que la moral legalizada nada tiene que decir al momento de determinar cuál debe ser el sentido en el que deben ser aplicadas las normas jurídicas.

Así por ejemplo, J. Rodríguez ha señalado lo siguiente:

«si se asume la idea positivista de que el derecho en cada momento es el resultado de un conjunto de actos de creación normativa, como ese conjunto es finito, el número de normas que lo integran también lo será, de modo que en la reconstrucción racional de cada norma del sistema, como resultado final del proceso de interpretación, se podrá, al menos desde un punto de vista teórico, especificar todas y cada una de las condiciones suficientes para el surgimiento de las soluciones normativas establecidas. Que en la práctica ello sea muy engorroso, no significa que las “excepciones implícitas” provengan de fantasmagóricas “normas implícitas” o “consideraciones valorativas subyacentes”»³⁶¹.

Lo que ocurre es que en realidad se podría estar de acuerdo con la reconstrucción teórica del Derecho propuesta por este enfoque de la lógica deóntica, si y solo si sus defensores están dispuestos a aceptar que la relación necesaria entre el Derecho y alguna moral genera que la traducción de dicha reconstrucción resulte

³⁵⁹ Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 257.

³⁶⁰ Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica» (traducción de J. L. Rodríguez, con la colaboración de S. Militello), en: *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, ob. cit., p. 156.

³⁶¹ Cfr. Rodríguez, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en: *Isonomía*, N.º 6, Abril 1997, p. 166.

imposible (y ya no solo engorrosa) en abstracto, puesto que muchas excepciones implícitas se advierten solo una vez que se presentan los casos individuales.

Desde esta perspectiva de la lógica deóntica, se considera que las contradicciones normativas pueden ser solucionadas mediante criterios de preferencias entre las normas antinómicas, y que, en todo caso, «si en un sistema normativo no existen criterios de preferencia que solucionen todas las posibles contradicciones que en él puedan presentarse, de ello no se sigue que habrá normas derrotables, sino simplemente que habrá contradicciones»³⁶². De esta manera, para afirmar que los supuestos de conflicto normativo no dan lugar al fenómeno de la derrotabilidad normativa, sino a una simple contradicción, Rodríguez y Súcar han debido partir de la premisa de que, analizadas todas las propiedades relevantes que determinan la aplicación de las normas jurídicas, las soluciones de algunas de ellas resultan incompatibles. No obstante, creer en la derrotabilidad normativa presupone considerar, justamente, que no es posible establecer *ex ante facto* todas las propiedades relevantes de las normas. De ahí que puede afirmarse que en la afirmación de Rodríguez y Súcar se incurre en el error de dar por probado y partir de la premisa de aquello que justamente está en entredicho, es decir, que es posible establecer un mundo cerrado de las propiedades relevantes de las normas jurídicas al margen de los casos individuales³⁶³. Como bien ha referido Bayón, en crítica a esta posición de Rodríguez y Súcar,

«... de contradicción, en sentido estricto, solo puede hablarse cuando colisionan dos normas que *previamente* hemos caracterizado como inderrotables, es decir, cuando se verifican a la vez los antecedentes de ambas y consideramos cada uno de ellos como genuina condición suficiente de soluciones normativas incompatibles. Esta situación puede ser caracterizada también como un conflicto de deberes concluyentes. En cambio, cuando se verifican simultáneamente los antecedentes de dos normas, *ninguno* de los cuales es considerado como condición suficiente de las correspondientes soluciones normativas, lo que se produce es un conflicto de deberes *prima facie*»³⁶⁴.

En ese sentido, el análisis lógico deóntico (o, cuando menos, algunos de sus postulados) parece ser el típico caso en el que el positivismo se presenta no solo en su formulación metodológica, sino también teórica. Es decir, parece ser un caso en el

³⁶² Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», ob. cit., p. 291.

³⁶³ Es un error en el que ha incurrido también D. Martínez (cfr. Martínez, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ob. cit., pp. 216 - 236).

³⁶⁴ Cfr. Bayón, J. C., «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», ob. cit., p. 108. Las cursivas son del original. Á. Ródenas, también se muestra de acuerdo con la crítica formulada por Bayón (cfr. Ródenas, Á., «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas», ob. cit., pp. 79 - 80, nota 27).

que se considera que el Derecho puede ser analizado como si estuviese libre de cualquier contenido moral, y no solo como un objeto que, manteniendo una relación constante con alguna moral, debe ser analizado sin implicar en ello la propia valoración moral subjetiva de quien lo estudia.

Ahora bien, en el trabajo publicado el año de su fallecimiento, C. Alchourrón planteó una serie de consideraciones que posiblemente representen una muy parcial, pero significativa revisión de algunos de sus postulados anteriores. En *Sobre Derecho y Lógica*³⁶⁵, afirmó que un condicional derrotable es uno sujeto a excepciones implícitas, de forma tal que dicho condicional genera que sea lógicamente inválido el siguiente esquema de inferencia: de «si A entonces B» se sigue que «si A y C entonces B». Dicho de otra manera, un condicional derrotable elimina la ley del refuerzo del antecedente³⁶⁶. Siendo ello así, en este trabajo Alchourrón sostiene que «[m]uchas (sino todas) las formulaciones normativas son derrotables, esto es, poseen usualmente excepciones implícitas, existen circunstancias que derrotan la norma aunque ellas no están explícitamente enunciadas»³⁶⁷.

Ante la interrogante acerca de cómo se identifica una excepción implícita a una norma, el profesor argentino sostiene que ella existe si al momento de la promulgación de la norma su emisor la habría incluido expresamente de haberla considerado. La excepción no existe si en el referido momento el emisor no la hubiese incluido a pesar de haberla considerado. Y si no es posible sostener si en el momento de la emisión de la norma el emisor habría o no incluido la excepción de haberla considerado, la existencia de esta se mantiene indeterminada³⁶⁸.

En línea con lo planteado por R. Caracciolo³⁶⁹, J. J. Moreso y J. Rodríguez afirman que «[e]sto implicaría un cambio en la concepción de la derrotabilidad previamente defendida por Alchourrón, porque se trasladaría el criterio de identificación del contenido conceptual de las normas, de lo que el legislador quiso sobre la base de los supuestos de valor que efectivamente acepta, a la consideración contrafáctica de lo que habría querido decir si hubiera valorado ciertas circunstancias»³⁷⁰.

Con prescindencia de si, en efecto, verdaderamente Alchourrón pretendía o no reformular su concepción de derrotabilidad normativa, tanto en su postulado como en

³⁶⁵ Título original: «On Law and Logic», en: *Ratio Juris*, N.º 9, 1996, pp. 331 – 248.

³⁶⁶ Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica», ob. cit., pp. 166 – 167.

³⁶⁷ Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica», ob. cit., p. 167.

³⁶⁸ Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica», ob. cit., p. 167 – 168.

³⁶⁹ Cfr. Caracciolo, R., «Normas derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón», en: *Análisis Filosófico*, V. 26, N.º 1, 2006, pp. 156 – 177.

³⁷⁰ Cfr. Moreso, J. J. y Rodríguez, J., «Carlos E. Alchourrón y la máxima de la mutilación mínima», Estudio introductorio al libro de C. Alchourrón, *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, ob. cit., p. 26.

el de sus críticos, el factor medular para el conocimiento de la existencia o no de la excepción implícita a la norma termina siendo una exploración en el contenido de las valoraciones del legislador. Y no (o no solamente) en el contenido de las expresamente declaradas, sino de las supuestas. Es decir, se trata de la búsqueda del sentido de intenciones no solo explícitas, sino también implícitas.

Se sabe, sin embargo, (es algo que de hecho asumen quienes participan en el referido debate) que el éxito cabal de dicha exploración es epistemológicamente imposible. Como afirma J. Hart Ely, «la única evidencia confiable acerca de lo que pensaban quienes [ratificaron una norma] en relación a [sic] lo que estaban ratificando es el lenguaje de la disposición que aprobaron»³⁷¹. Es decir, en el ámbito jurídico, una exploración en intenciones legislativas, si se quiere llevar a cabo con seriedad, devuelve al intérprete al núcleo del análisis semántico. Sin embargo, ciertamente, no lo constriñe a él; no solo porque el lenguaje de las normas jurídicas puede expresar un contenido moral profundo, sino porque incluso en la hipótesis de que se trate de normas con un contenido comunicativamente muy claro, la validez de la aplicación de estas puede ser dependiente de su conformidad con aquellas. Como se sabe, este último es justamente el caso de los Estados Constitucionales.

Por ello, Alchourrón lleva razón cuando afirma que «[l]a derrotabilidad torna dificultosa la identificación de las normas de un sistema jurídico mucho más que la simple ambigüedad. De manera que constituye uno de los factores que hace necesario, en muchas situaciones, introducir operaciones valorativas y el uso de pautas axiológicas en la interpretación de los textos normativos»³⁷².

Justamente, los principios jurídicos son comúnmente formulaciones normativas que expresan una carga moral importante. En estos casos, desentrañar el sentido prescriptivo específico de la formulación tiene en su literalidad solo un punto de partida, puesto que una formulación de tal carácter carece de autonomía semántica. Ahora bien, de allí en más ¿necesariamente se desarrolla una tarea extra jurídica? No parece ser así. En primer lugar, porque si el operador jurídico actúa con sometimiento al Derecho, es decir, bajo el principio de legalidad³⁷³, parte de la premisa de que su labor es interpretativa, y no irrestrictamente creadora, con lo cual debe forzarse a tener el convencimiento, y no solo la creencia³⁷⁴, de que el resultado final es una instancia de normas preestablecidas, por más indeterminado que sea su contenido.

³⁷¹ Cfr. Hart Ely, J., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de M. Holguín, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997, p. 36.

³⁷² Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica», ob. cit., p. 170.

³⁷³ Cfr. Alchourrón, C., «Sobre Derecho y lógica», ob. cit., p. 158.

³⁷⁴ Tal como sostiene Dworkin, una práctica jurídico deliberativa comprometida requiere un acuerdo de convicción y no un acuerdo convencional más o menos explícito (cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, ob. cit., pp. 135 – 139)..

En segundo lugar, porque el hecho de que no siempre existan convenciones explícitas que el intérprete encuentre razonables para poder concretar el contenido prescriptivo de un principio jurídico, no significa que deba renunciarse a las fuentes sociales para adjudicarlo, sino que se debe explorar en ellas más profundamente, incluyendo también, por ejemplo, a las convenciones interpretativas. Y si hay dudas sobre el contenido de estas, es posible apelar a un convencionalismo aún más profundo que incluso pueda poner en entredicho las convenciones más superficiales o notorias. Como refiere Bayón, acceder a este trasfondo de criterios compartidos

«... ha de tomar la forma de un razonamiento holista que, partiendo de lo que a primera vista parecen ser casos paradigmáticos, intente establecer qué es lo relevante en ellos; formule hipótesis acerca de los criterios de aplicación que parece poner de manifiesto la consideración de estos factores como relevantes; y vuelva después a considerar otros casos –reales o hipotéticos– que nos parezcan igualmente claros a fin de poner a prueba la admisibilidad de dichas hipótesis acerca de los contornos de nuestros criterios»³⁷⁵.

Se trata de una fórmula inteligente para el tratamiento interpretativo de los principios jurídicos y, en general, de los denominados «conceptos esencialmente controvertidos»³⁷⁶, tal como también lo ha puesto en evidencia M. Iglesias³⁷⁷. Desde luego, se trata de una tarea compleja, pero está bastante lejos de ser una labor abierta al razonamiento moral puro. Realizada con honestidad intelectual marca una relación necesaria con las fuentes sociales y no con el voluntarismo puro (discrecionalidad fuerte) o con el apego a alguna moral objetiva.

En tercer lugar, porque, cuando menos en el Estado Constitucional, el sentido prescriptivo final atribuido a un principio jurídico debe ser compatible con el sentido de la dignidad humana, el cual, como se ha visto en el capítulo 2, aunque no deja de ser indeterminado, está lejos de ser vacío, más aún si se toman en consideración las reglas derivadas de la protección de la autonomía y de la erradicación del sufrimiento antes desarrolladas y que tienen como sustento la dignidad.

Alchourrón y Bulygin diferenciaron en su momento los conceptos de tesis de relevancia e hipótesis de relevancia, para dar cuenta, respectivamente, del universo de acciones que identifican a las propiedades relevantes de un sistema jurídico, y del universo de acciones que identifican a las propiedades que podría considerarse que

³⁷⁵ Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», ob. cit., p. 80. Sobre ello se volverá en el capítulo 5.

³⁷⁶ Sobre «conceptos esencialmente controvertidos», véase Gallie, W. B., «Essentially contested concepts» en: *Proceedings of the aristotelian society*, V. 56, 1956, pp. 167 – 198.

³⁷⁷ Cfr. Iglesias, M., «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en: *Doxa*, N.º 23, 2000, pp. 98 – 101.

debieron ser relevantes para un sistema jurídico, pero no lo fueron³⁷⁸. Pues bien, siendo ello así, en atención a cuanto se ha señalado, puede coincidir con Bayón cuando afirma que «en la medida en que los principios son parte del derecho, y no criterios axiológicos externos a él, ello implica que las tesis de relevancia usadas por el legislador son *jurídicamente* derrotables (*defeasible*) sobre la base ciertas consideraciones valorativas»³⁷⁹. Es decir, los casos individuales permiten advertir en los principios tesis de relevancia³⁸⁰ que, de lo contrario, se habrían mantenido implícitas, y estas permiten derrotar tesis de relevancia normativas explícitas.

Quizá para quienes se mantienen en la visión más clásica de la lógica deóntica sea difícil aceptar esta conclusión³⁸¹, pero lo cierto es que, cuando menos, si uno se atiene a lo planteado por el último Alchourrón, esto ya no resulta tan *ilógico*.

4.2 La teoría interna de los derechos fundamentales.

La posibilidad o no de exceptuar la aplicación de una norma *iusfundamental* sobre la base de consideraciones morales derivadas del ordenamiento, ha merecido la atención de la Filosofía y la Teoría del Derecho. Pero en el marco de la Dogmática Constitucional, esta tensión se traduce en el debate entre las denominadas teorías absolutas y relativas del contenido esencial de los derechos fundamentales³⁸². Una teoría absoluta del contenido esencial sería aquella que propugna que en el ámbito protegido de todo derecho fundamental, existe un núcleo impenetrable, irreductible, una esencia garantizada que no podría ser limitada ni siquiera apelando a criterios de proporcionalidad, es decir, ni aún en los supuestos en los que se persiga un fin constitucionalmente lícito, por vía de una medida idónea para alcanzarlo, limitando el derecho no más allá de lo estrictamente necesario, y asegurándose de que los

³⁷⁸ Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ob. cit., p. 154.

³⁷⁹ Cfr. Bayón, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho» en: J. C. Bayón y J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2003, p. 64. La cursiva es del original.

³⁸⁰ Eso sí, si de lo que se trata es de respetar el sentido de los conceptos planteados por Alchourrón y Bulygin, de los principios, por ser jurídicos, derivarían *tesis de relevancia* y no *hipótesis de relevancia* como sugiere Bayón (cfr. *Idem*).

³⁸¹ Por ejemplo, para E. Buriticá en los casos valorativamente difíciles lo correcto sería concebir principios como el de dignidad humana «como normas cuya aplicación suele incluir decisiones discrecionales», sin que quepa acudir en dichos casos a convenciones, puesto que en tales circunstancias «[m]ás allá de estas convenciones (...) el intérprete ha traspasado los límites del derecho y la supuesta “derrotabilidad” acaece por razones o normas no jurídicas» (cfr. Buriticá, E., «Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable», en: *Estudios de Derecho*, V. 72, N.º 159, 2015, p. 140 y pp. 241 - 242, respectivamente). Ciertamente, no se comparte esta posición.

³⁸² Esto ha sido bien advertido por García Figueroa (cfr. García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios *iusfundamentales* sobre el concepto de Derecho», ob. cit., p. 207).

beneficios objetivos alcanzados con la limitación sean superiores a los perjuicios ocasionados al contenido del derecho³⁸³.

A su vez, la teoría absoluta puede ser sub-dividida en una teoría absoluta restrictiva y otra permisiva. De conformidad con la primera, el contenido no esencial del derecho solo podría ser limitado superando el referido *test* de la proporcionalidad, mientras que de conformidad con la segunda, la zona contingente al núcleo esencial del derecho podría ser objeto de limitaciones bajo controles bastante menos estrictos.

Por su parte, según la teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales, estos, en la totalidad de su contenido están sujetos a eventuales limitaciones o restricciones sujetas a un juicio de ponderación, y las cuales, en todo caso, deberán ser respetuosas del principio de proporcionalidad.

No es objetivo de este estudio profundizar sobre el debate que a propósito de estas teorías se ha suscitado, ni sobre las virtudes y defectos que cabe predicar de cada una de ellas. Sin embargo, frente a ambas se ha situado una tercera teoría denominada teoría interna o del contenido reducido de los derechos fundamentales. Sobre ella sí resulta necesario detenerse, pues puede ser asumida como una perspectiva desde la cual las disposiciones que reconocen derechos fundamentales se conciben como reglas que, incluso en la práctica, son aplicables al modo de *todo o nada*.

Esta teoría parte de la idea de que resulta inadecuado asumir que en el orden jurídico constitucional puedan existir contradicciones o colisiones normativas. Asume que las teorías absolutas del contenido esencial incurrirían en un error puesto que muchas veces inducirían a pensar que determinadas medidas en beneficio de determinados derechos o bienes constitucionales, deben ser invalidadas por incidir en el contenido esencial irreductible de un derecho fundamental³⁸⁴. Y las teorías relativas incurrirían en un problema aún más grave, pues transmitirían la idea de que «*el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo*»³⁸⁵.

En definitiva, de conformidad con la teoría interna, no cabe hacer alusión a un supuesto contenido esencial como sub-conjunto del contenido general de los derechos, pues los derechos fundamentales no pueden limitarse unos a otros, ni a nivel teórico ni a nivel práctico. Las supuestas limitaciones recíprocas entre derechos,

³⁸³ Todos estos criterios forman parte del test de proporcionalidad que merecerá un tratamiento mayor en el capítulo 5.

³⁸⁴ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en: L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 134.

³⁸⁵ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 131. La cursiva es del original.

no serían más que apariencias que obligan a *delimitar* internamente el ámbito de protección del derecho por vía interpretativa.

En palabras de De Otto, «el problema de los límites de los derechos fundamentales no puede plantearse en términos de colisión entre derechos o entre derechos y bienes, aceptando que estos estén definidos en términos tales que choquen entre sí, sino como un problema de interpretación de las normas en las que se trata de delimitar las fronteras de los derechos, de trazar los límites en los que la propia norma constitucional configura los derechos fundamentales»³⁸⁶; siendo ello así, los problemas «no son en realidad de tal limitación de un derecho constitucionalmente reconocido, sino de *delimitación* conceptual del contenido mismo del derecho, de forma tal que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien de cuya protección se trata sencillamente no pertenecen al ámbito del derecho fundamental y, en consecuencia, no se requiere ninguna limitación de éste para excluirlas»³⁸⁷.

De esta manera, los límites de los derechos, aunque existentes, derivarían de la propia naturaleza de cada derecho. Se trataría de límites internos que controlarían los alcances del ámbito de protección del derecho³⁸⁸, por lo que el contenido de los derechos sería limitado, ilimitable y delimitable³⁸⁹. Limitado por los límites internos que en él residen y que configuran las fronteras internas de su contenido; ilimitable porque ningún poder público o privado podría limitar ese contenido; y delimitable porque tanto los poderes legislativos como judiciales van delimitando con sus interpretaciones dicho contenido.

Si la tesis de conformidad con la cual no existen contradicciones entre el contenido protegido por los derechos fundamentales, se mantuviese como un simple ideal, un simple objetivo que guía la actividad del intérprete, no revestiría inconvenientes, pues tan solo se trataría de la tesis ideal de la coherencia del ordenamiento circunscrita al ámbito de la Constitución. De hecho, en ese plano,

³⁸⁶ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 135.

³⁸⁷ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 137. La cursiva es del original.

³⁸⁸ Es cierto que De Otto se ocupa también de límites externos que pueden verificarse respetando el principio de reserva de ley, pero ello no resulta de interés ahora.

³⁸⁹ Cfr. Serna, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información», en: *Humana lura*, N.º 4, 1994, pp. 197 – 234. También cfr. Castillo, L. «¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?», en Cuestiones Constitucionales, N.º 12, Enero – Julio, 2005, pp. 99 – 129; y del mismo autor cfr. «Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales», en: *Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica)*, Tomo 139, Junio 2005, pp. 144–149.

resultaría ser una tesis más consistente que las teorías que plantean la existencia de un contenido esencial en los derechos.

El problema reside en que, según esta teoría, de tal premisa se desencadenarían consecuencias prácticas de relieve. En efecto, conforme a la teoría interna, no solo resulta que los derechos fundamentales *no deberían* colisionar sino que *de hecho* ello no ocurre, por lo que es un error introducir juicios ponderativos al momento de dirimir procesos en los que se encuentran involucradas posiciones contrapuestas cada una de las cuales alega en su favor el ejercicio válido de un concreto derecho fundamental. En tal sentido, su concepción de los derechos como un sistema de reglas, no queda en el terreno de las fuentes o en el de estas una vez interpretadas (como ocurre con la lógica deóntica de Alchourrón y Bulygin), sino que alcanza incluso al mismo proceso interpretativo encaminado a una delimitación de fronteras.

Planteadas así las cosas, conviene preguntarse cuál es la metodología que maneja esta teoría para determinar el contenido concreto de los derechos. Esta vendría determinada por mecanismos que se encausan a través de la interpretación literal y sistemática de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos. Así, De Otto refiere que «[s]i se delimita el alcance de la protección que presta el derecho fundamental, los problemas tratados como “limitación para proteger otros bienes constitucionales” muestran ser en realidad (...) problemas de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución en los que no es precisa ponderación alguna de bienes y valores (...), sino un examen pormenorizado del contenido de cada una de las normas»³⁹⁰. En sentido similar, se pronuncia Habermas, quien también es un defensor de la teoría interna: «En caso de una colisión con otros preceptos jurídicos no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí. (...) [L]a tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes»³⁹¹.

Sin perjuicio de advertir que para ser coherente con su propia tesis Habermas hace bien en excluir la idea de que las normas puedan cumplirse en distintos «grados», pero hace mal al aludir al término «colisión», conviene ahora preguntarse cómo se desarrollaría en concreto tal metodología hermenéutica. ¿En qué consiste aquél «examen pormenorizado» o aquella descripción exhaustiva «desde todos los

³⁹⁰ Cfr. *Idem*.

³⁹¹ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 4ta. edición, traducción de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 2005, p. 333.

puntos de vista relevantes», que nos permitirían determinar con claridad el contenido de las normas? Sobre el particular, De Otto ensaya una respuesta; Habermas guarda silencio.

De Otto refiere, en primer lugar, que debe asumirse que los límites serían cognocibles a partir de la propia norma constitucional que reconoce el derecho, y, en concreto, de la realidad en ella mencionada: «El primer elemento para la determinación del contenido del derecho es, en consecuencia, la identificación del ámbito de la realidad aludida (...) y diferenciarlo de aquello que no puede considerarse incluido en el precepto por no pertenecer a lo que éste específicamente quiere proteger»³⁹². Así por ejemplo, cuando el artículo 21º de la Constitución española hace alusión al derecho de reunión, habría que realizar, ante todo, un deslinde entre las reuniones que como realidad fáctica pretenden ser protegidas por el referido precepto, de las que no. Y lo propio cabría hacer por ejemplo con el artículo 20º 1 a) en relación con la libertad de expresión.

En segundo término, para la determinación del contenido del derecho cabría detenerse en las especificaciones jurídicas realizadas por la norma constitucional, de forma tal que puedan concretarse «los elementos que integran el tratamiento jurídico del sector de la realidad»³⁹³ regulado por la norma. Así, por ejemplo, luego de diferenciar los ámbitos de realidad que puedan considerarse incluidos en el concepto de domicilio recogido en el artículo 18º 2 de la Constitución española, cabría ingresar en el análisis del tratamiento jurídico que se realiza en la cláusula y que vendría determinado por la siguiente especificación: «Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito».

Evidentemente, presentado un caso concreto habrá que realizar estas operaciones con todas las normas constitucionales concernidas en el caso, de forma tal que de su análisis sistemático derive el objeto propio de cada una, lográndose determinar en definitiva cuál es la llamada a dirimir la causa. Esto revelaría – supuestamente– que no es preciso ingresar en ponderación de ningún tipo, pues bastaría una interpretación sistemática de las normas constitucionales:

Lo cierto es que el trabajo de De Otto que aquí se analiza está plagado de muy interesantes observaciones a propósito de las debilidades de las teorías absoluta y relativa del contenido esencial, pero el modo cómo el autor pretende describir una alternativa metodológica para determinar el contenido constitucionalmente protegido

³⁹² Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 142.

³⁹³ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 143.

de los derechos fundamentales, y que acaba de ser descrito, termina siendo decepcionante.

En primer lugar, no se alcanza a comprender bien en qué consiste la diferencia entre la esfera de la realidad a la que alude una norma constitucional y el tratamiento jurídico que dispensa a dicha realidad. En toda norma jurídica³⁹⁴, la realidad a la que alude y su tratamiento jurídico se confunden como elementos inescindibles, por el sencillo motivo de que los conceptos jurídicos, como se sabe, son adscriptivos y no descriptivos. El lenguaje natural que utiliza el Derecho no puede confundirse con la realidad fáctica susceptible de descripción, pues una vez que pasa a incorporarse al Derecho se convierte en un lenguaje jurídico. Los términos que utilizan las normas jurídicas, aún cuando resulten contingentemente compatibles con los términos descriptivos de una determinada realidad fáctica, se encuentran adscritos a un determinado tratamiento jurídico y son inseparables de dicho tratamiento, pues es este el que permite dotarlos del sentido normativo, sentido que puede guardar solo alguna (o incluso ninguna) correspondencia con los términos con los que se designan determinadas realidades fácticas a través del lenguaje natural. Así por ejemplo, cuando el artículo 18º 2 de la Constitución española refiere que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito», los términos «domicilio», «registro», «consentimiento», «titular», «resolución judicial», «flagrante delito», son todos propiedades de un caso genérico, y todos significantes de una realidad jurídica a la que obviamente se le brinda un tratamiento jurídico, sin que quepa separar la realidad aludida del tratamiento jurídico que se le dispensa, porque así como habrá que determinar qué es un «domicilio» para la norma y qué no, también habrá que determinar quién es para ella el «titular» y quién no, qué es «flagrante delito» y qué no, etc.

Pero evidentemente este sería un inconveniente menor. El mayor problema que enfrenta la propuesta de De Otto es que en ella en ningún momento se plantea la posibilidad de que sea el caso individual el que contribuya a la delimitación del contenido del derecho. El asunto supuestamente quedaría solucionado con una aproximación pormenorizada a la norma constitucional, a la realidad por ella descrita, a su tratamiento jurídico, pero no al caso. Pareciera que, aunque con un cierto esfuerzo, presentado el caso, este podría aguardar a la espera de que un análisis del texto y de la sistemática de las cláusulas del ordenamiento constitucional, permita

³⁹⁴ Se usa aquí la expresión norma jurídica en un sentido estricto, es decir, como aquella que encierra un significado deóntico, dejando al margen otros componentes del sistema jurídico que no son propiamente normas (vg. aquellos que se limitan a definir un concepto) (cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ob. cit., p. 111).

ubicar la parcela en la que quede subsumido. Desde luego, esta perspectiva resulta incompatible con el sentido bidireccional de la hermenéutica jurídica que se ha propuesto antes.

Este déficit de la teoría interna en el enfoque de De Otto ha buscado ser superado por otros defensores de la misma teoría, quienes sí han reconocido expresamente la importancia de los casos al momento de delimitar los alcances del contenido de todo derecho. Tal es el caso de F. Müller. Para este autor la determinación del contenido y de la respectiva estructura de las normas jurídicas viene en parte condicionada por el plano de la realidad que regula. En tal sentido, distingue lo que denomina «programa normativo», referido al texto de la norma, del «ámbito normativo», referido al sector de la realidad social donde se debe aplicar el programa normativo *y que viene determinado por este*. De la conjunción interpretativa de ambos elementos derivaría el contenido de la norma; se trataría, en consecuencia, de un contenido que solo podría ser delimitado en el acto de concreción de la norma, es decir, en el momento de su aplicación y en el que el protagonista es el razonamiento práctico³⁹⁵.

Es necesario precisar que Müller no identifica libremente el «ámbito normativo» con los hechos del caso o con la realidad fáctica en bruto. No se trata que de esta última –que el autor denomina «ámbito material»– puedan derivarse, sin más, consecuencias normativas, pues ello significaría defender la «fuerza normativa de lo fáctico», tesis que el autor expresamente rechaza. De lo que se trata es de reconocer que muchas veces es solo a partir del estudio de la realidad que es posible advertir la presencia en el «programa normativo» de elementos (propiedades) que permiten delimitar más claramente su contenido³⁹⁶. En todo caso, para Müller el «programa normativo» (el texto de la norma) debe actuar como límite en ese reconocimiento, de forma tal que no sea posible que de cualquier hecho material quepa advertir determinadas propiedades en la norma jurídica³⁹⁷.

En este punto la tesis de Müller puede considerarse impecable y permite entender mejor lo que aquí se ha defendido como una visión *bidireccional* de la

³⁹⁵ Cfr. Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», ob. cit., p. 123.

³⁹⁶ «Del conjunto de hechos afectados por un precepto, de la parcela de realidad que haya de regular, es decir, del “ámbito material”, extrae la prescripción legal o “programa normativo” (...) el ámbito normativo en cuanto parte integrante del precepto. El ámbito normativo no es, por consiguiente, un conglomerado de hechos materiales, sino una conexión, expresada como realmente posible, de elementos estructurales extraídos de la realidad social desde la perspectiva selectiva y valorativa del programa normativo, y que a menudo se hallan preformados jurídicamente. Con la distinción entre ámbito material y ámbito normativo queda descartada la “fuerza normativa de lo fáctico” como usurpación de la eficacia normativa por parte de meros hechos» (cfr. *Idem*).

³⁹⁷ «Los elementos materiales que tienen sus raíces en lo real solo forman parte del ámbito normativo en la medida en que se pueda demostrar, al concretar la norma para un caso concreto, que se trata de componentes imprescindibles de la normatividad concreta» (cfr. *Idem*).

interpretación jurídica, en la que realidad y ordenamiento no pueden ser analizadas como dos compartimentos estancos³⁹⁸. Se trata, en todo caso, de dos ámbitos que solo guardan entre sí una independencia relativa: una realidad que analizada detenidamente puede permitir ubicar propiedades determinantes en el contenido de las normas, pero que, a su vez, no puede actuar más allá de lo que las normas razonablemente permiten.

A su modo, Zagrebelsky ha puesto en evidencia también esta virtualidad de la interpretación jurídica en la que el Derecho y la realidad se ponen en contacto en el marco de una ciencia jurídica necesariamente práctica en la que los principios jurídicos tienen un esencial protagonismo. Refiere el autor italiano que

«[I]a realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor. En lugar de presentarse como materia inerte, objeto meramente pasivo de la aplicación de reglas, caso concreto a encuadrar en el supuesto de hecho normativo previsto en la regla –como razona el positivismo jurídico–, la realidad iluminada por los principios aparece revestida de cualidades jurídicas propias. El valor se incorpora al hecho e impone la adopción de “tomas de posición” jurídica conformes con él (al legislador, a la jurisprudencia, a la administración, a los particulares y, en general, a los intérpretes del derecho). El “ser” iluminado por el principio aún no contiene en sí el “deber ser”, la regla, pero sí indica al menos la dirección en la que debería colocarse la regla para no contravenir el valor contenido en el principio»³⁹⁹.

En definitiva, quien crea que la interpretación jurídica guarda siempre una dirección *en pendiente*, y se proyecta de la interpretación abstracta de las normas hacia la realidad concreta, confía en exceso en la logicidad de las normas, en particular, y del Derecho, en general. Pero, asimismo, quien defienda que tal interpretación tiene una dirección *en gradiente* y se configura solo en la realidad concreta para dar contenido a las normas, afecta el sentido mismo de la prescriptividad del Derecho, haciendo de este pura sociología. Es probable, sin

³⁹⁸ Tal como señala Engisch, hay un «ir y venir de la mirada judicial» desde las normas a los hechos y desde los hechos a las normas (cfr. Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2da. edición, Heidelberg, 1960, p. 15. Citado por K. Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, 1980, p. 275), lo que constituye una manifestación del «círculo hermenéutico» (cfr. *Idem*).

³⁹⁹ Cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, ob. cit., p. 118. Esta reflexión de Zagrebelsky invita a realizar dos atenciones. En primer lugar, es cierto que de acuerdo a ella lo fáctico en cierto modo parece alcanzar una autonomía normativa no condicionada por el ordenamiento positivo. No obstante, esta apariencia se desvanece cuando más adelante el autor puntualiza que en los ordenamientos jurídicos basados en principios, el paso del «ser» al «deber ser», «no depende de un valor reconocido *a priori*, como sucede para la doctrina del derecho natural, sino de normas de derecho positivo» (p. 119). Y el asunto termina de aclararse (y termina además de establecerse la relación con la interpretación bidireccional aquí planteada) cuando refiere que «[n]o se trata en lo absoluto de asignar a lo “fáctico” una prioridad sobre lo “normativo”, sino de mantener una concepción del derecho que permita que estos dos momentos no sean irrelevantes el uno para el otro, como, por el contrario, sucede en el positivismo» (p. 122). En segundo lugar, parece claro que las referencias al positivismo realizadas por el autor están dirigidas a su manifestación teórica, más no metodológica. Es evidente que el positivismo metodológico en nada riñe con la interpretación bidireccional aquí defendida.

embargo, que en el proceso psicológico judicial, en ocasiones, ni el más objetivo juez sepa reconocer cuál de los dos ámbitos, en última instancia, ha llevado un mayor protagonismo en la fundamentación de la causa. Lo que sí es seguro –desde la perspectiva aquí defendida– es que aquel juez que tenga la convicción de que en solo uno de ambos se encuentra el completo hábitat de la interpretación jurídica, tiene un concepto atrofiado del Derecho.

Pero volviendo al pensamiento de Müller, hay que señalar que las coincidencias con este autor no son totales. Una primera discrepancia reside en el modo específico en que enfatiza que el programa normativo actúa como límite de los elementos reales que pueden contribuir en la delimitación del contenido normativo del precepto jurídico, y en concreto, de un precepto constitucional. A este respecto, Müller parece conceder una supremacía absoluta al método de interpretación literal, y ello no parece atinado. Una segunda discrepancia con el planteamiento de Müller deriva del hecho de que en su comprensión del contenido de las normas jurídicas como una conjunción del «programa normativo» con el «ámbito normativo», no hay lugar para un juicio de ponderación. Bastaría un detenido estudio del texto de la norma con los componentes de la realidad jurídicamente relevantes, para delimitar los alcances normativos de los preceptos jurídicos, razón por la cual una eventual ponderación de su fuerza normativa a la luz de las concretas circunstancias de un caso, resultaría inocua. Tampoco en las propuestas de De Otto y de Habermas, tiene algún espacio el referido juicio ponderativo.

No obstante, las críticas a la supuesta primacía de la interpretación literal y a la falta de necesidad de acudir a un juicio ponderativo para determinar la norma específica que permitirá solucionar un caso concreto, serán tratadas más adelante de manera detenida. Desde luego, las posiciones de estos autores servirán de base para efectuar la crítica, pero por ahora conviene continuar delineando el pensamiento de autores que consideran posible analizar a las normas jurídicas como un sistema de reglas.

Aunque Rodríguez-Toubes no podría ser incluido entre los autores que defienden una teoría interna del contenido de los derechos fundamentales sin hacer referencia a una serie de matices, de lo que no hay duda es que se trata de un autor que defiende un modelo de reglas de derechos fundamentales⁴⁰⁰. El autor plantea su tesis sobre la base de un estudio crítico de determinadas posiciones de R. Alexy sobre la ponderación de principios *iusfundamentales*, que más adelante será analizada. Por ahora solo basta tener en cuenta que una de las conclusiones de Alexy sobre el

⁴⁰⁰ Es ese además el título de uno de sus trabajos: «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», en: *Derechos y libertades*, N.º 6, 1998, pp. 397 – 410.

particular es la siguiente: «Como resultado de toda ponderación *iusfundamental* correcta, puede formularse una norma adscrita de derecho fundamental con carácter de regla bajo la cual puede subsumirse el caso»⁴⁰¹. Pues bien, sobre esta base, Rodríguez-Toubes alega que algo que no dice Alexy, pero que bien puede concluirse de su planteamiento es que «todas las normas de derechos fundamentales pueden reducirse a reglas y son por tanto, en última instancia, reglas»⁴⁰². El planteamiento, en consecuencia, es simple: no hay motivo para referir que los derechos fundamentales son principios, puesto que lo que finalmente soluciona el caso y garantiza una posición *iusfundamental* concreta de las personas, no son los principios –o normas, en general– enunciados constitucionalmente, sino las reglas que derivan de ellos vía interpretación. Solo éstas «*constituyen* derechos fundamentales»⁴⁰³.

No se sabe bien si consciente o inconscientemente, el referido autor hace gala de un realismo jurídico exacerbado enfocado a los derechos fundamentales⁴⁰⁴. En efecto, sostener que los derechos fundamentales solo existen (se *constituyen*, diría el autor) una vez que ha sido glosada interpretativamente la regla en la que se subsumirá el caso, es tanto como decir que la creación de derechos y su garantía es una cuestión solo de jueces. Según refiere el propio autor, todo lo previo serían solo normas provisionales, y el derecho fundamental no estaría en realidad garantizado por ellas, sino por la regla adscrita que se elabora después de examinarlas⁴⁰⁵.

Son varias las consecuencias difícilmente aceptables que derivan de esta tesis. Si en el ordenamiento jurídico no se reconocen ni se garantizan propiamente derechos fundamentales ¿es que nada entonces condiciona el discurso del juez? Y si lo que existe justamente son pautas que debe seguir su discurso, pero en ningún caso derechos fundamentales ¿quiere decir ello entonces que los derechos fundamentales vinculan a todo poder público, menos a los jueces? Y es que si los derechos fundamentales solo aparecen una vez que los jueces intervienen, de qué vinculación antelada podría hablarse. Pero además, si los derechos fundamentales son constituidos vía interpretación por los jueces ¿quiere decir entonces que el poder

⁴⁰¹ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 78 – 79.

⁴⁰² Cfr. Rodríguez-Toubes, J., «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», ob. cit., p. 401.

⁴⁰³ Cfr. Rodríguez-Toubes, J., «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», ob. cit., p. 403. La cursiva es del original.

⁴⁰⁴ Tal como recuerda M. Iglesias, «[l]a teoría realista, tanto americana como escandinava, ha centrado su interés en una perspectiva fáctica del fenómeno jurídico, *i. e.*, en el Derecho tal como es aplicado en la realidad. De este modo, suelen sostener que las normas jurídicas solo existen en la medida en que los jueces las usan para resolver conflictos. Cuando la decisión judicial ya no puede ser revisada por otro órgano jurisdiccional, constituye el contenido definitivo del Derecho» (cfr. Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial, Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 28, nota 21).

⁴⁰⁵ Cfr. Rodríguez-Toubes, J., «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», ob. cit., p. 401.

constituyente nada menos que en lo que a derechos fundamentales se refiere, reside en los jueces? La posición de Rodríguez-Toubes parece sencillamente insostenible.

Desde luego, una cosa es afirmar que, en última instancia, son solo reglas las que resuelven los casos judiciales, y otra, muy distinta, afirmar que es en ese momento en el que se produce el fenómeno de la constitución de los derechos fundamentales. En la misma línea, una cosa es afirmar que la decisión de un juez o un tribunal pueda ser definitiva, y otra que sea una decisión constituyente o que pueda resultar infalible⁴⁰⁶. Y si es falible es justamente porque dicho análisis de falibilidad puede ser realizado en confrontación con determinados parámetros (los derechos fundamentales entre ellos) que le resultaban vinculantes y respecto de los cuales puede haberse apartado.

A partir de lo expuesto, resulta evidente el por qué en la concepción reglamentista de derechos fundamentales que defiende Rodríguez-Toubes, la ponderación no tiene lugar. Como él mismo afirma: «así configurados, y por definición, los derechos surten de razones jurídicas que excluyen cualquier otra razón jurídica que potencialmente pudiera oponerse, por lo que una ponderación con tales razones sería cuando menos inútil»⁴⁰⁷. Aunque en realidad no se sabe bien a qué potenciales razones jurídicas opuestas se refiere el autor, pues se supone que de conformidad con su tesis, la configuración de la regla se producirá previo estudio de todas las razones jurídicas concernidas en la causa⁴⁰⁸.

A continuación se realizará un análisis de las distintas razones que se ofrecen para explicar por qué las normas jurídicas sí pueden ser susceptibles de ser divididas entre principios y reglas.

5. Tesis sobre la existencia de la separación conceptual entre principios y reglas.

Entre las tesis que defiende la existencia de diferencia entre las normas como principios y las normas como reglas, una primera propone que la división puede darse de modo estricto, pues existen diferencias ontológicas o cualitativas entre ambos tipos de normas. Se trata de la tesis fuerte de la separación conceptual. Una segunda,

⁴⁰⁶ Hart, en su crítica al escepticismo del realismo jurídico, insistió en la necesidad de diferenciar la definitividad de la decisión judicial de su infalibilidad (cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, ob. cit., pp. 176 – 183).

⁴⁰⁷ Cfr. Rodríguez-Toubes, J., «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», ob. cit., p. 404.

⁴⁰⁸ «No voy a discrepar con [sic] Alexy en la necesidad de estudiar conjuntamente las razones constitucionales que pesan a favor y en contra de los derechos. Mi punto de vista, sin embargo, es que este estudio es previo a la configuración de los derechos fundamentales» (cfr. *Idem*).

denominada tesis débil de la separación conceptual, considera que la diferencia es tan solo gradual y contingente. Véase.

5.1 Tesis fuerte sobre la separación conceptual.

Una primera tesis, como se ha dicho, sostiene que la viabilidad de la separación puede ser calificada de «fuerte», en la medida de que la diferencia entre ambos tipos de normas obedece a criterios cualitativos.

Dworkin ha sido uno de los principales defensores de una separación conceptual fuerte entre reglas y principios. Este autor define a las primeras como aquellas normas «que son aplicables a la manera disyuntiva». Es decir, «[s]i los hechos que estipula una [regla]⁴⁰⁹ están dados, entonces o bien la [regla] es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión»⁴¹⁰. Las reglas pues, desde este enfoque, tendrían un ámbito de aplicabilidad del *todo o nada* (de ahí el calificativo de disyuntivo).

De esta manera, la descripción de reglas que brinda Dworkin parece conectar la validez de las normas con su aplicabilidad, y, por derivación, con su no derrotabilidad. La derrotabilidad de una regla válida, no parece tener cabida en la perspectiva dworkiniana, pues su validez la hace necesariamente aplicable. Esta percepción se confirma en el momento en el que el autor precisa que «[s]i se da un conflicto entre dos [reglas], una de ellas no puede ser válida»⁴¹¹. Esta conexión coexistencial entre validez y aplicación ha sido álgidamente criticada por García Figueroa⁴¹², en atención a razones parcialmente similares a las que en su momento expusiera Guastini⁴¹³. El núcleo de la refutación reside en que la posición de Dworkin desatiende algo sobre lo que ya se ha llamado la atención, esto es, la no necesaria correlación entre los referidos conceptos, siendo perfectamente posible la existencia de reglas válidas que, en un caso concreto, resulten no aplicadas, y viceversa.

Pero si bien este aspecto de la crítica resulta pertinente, hay otros que resultan menos convincentes. Por ejemplo, según García Figueroa, cuando Dworkin afirma que presentado un conflicto entre dos normas, una no puede ser válida, «está descartando la posibilidad de antinomias en el sistema porque excluye que pueda tener lugar la

⁴⁰⁹ En la traducción de Guastavino de *Taking Rights Seriously* (*Los derechos en serio*) de Dworkin, en la mayoría de ocasiones, se utiliza el término «norma» para referirse a la categoría normativa que aquí es denominada «regla».

⁴¹⁰ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 5ta. reimpresión, traducción de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002, p. 75.

⁴¹¹ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 78.

⁴¹² Cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 168 – 173.

⁴¹³ Cfr. Guastini, R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Turin, 1985, p. 159.

primera condición (...) para la presencia de una antinomia: que ambas normas sean válidas»⁴¹⁴. Esto no es exacto. Dworkin hace explícito que tiene muy presentes los criterios para resolver antinomias y, por ende, la potencial existencia de estas: «La decisión respecto de cual [de las normas en conflicto] es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar»⁴¹⁵. Ocurre, sin embargo, que, desde su perspectiva, en el ámbito de las reglas, todos los criterios de solución de antinomias (y no solo el jerárquico) dirimen el conflicto en términos de validez o invalidez. Y esta afirmación es correcta si se asume que parte de la premisa de estarse refiriendo a conflictos que nacen y se solucionan en el plano abstracto del ordenamiento, es decir, en el nivel de la interpretación de los casos genéricos y las soluciones normativas plasmadas en las disposiciones jurídicas, y en el que, consecuentemente, la ausencia de casos individuales no permite aludir al concepto de aplicabilidad.

Puede tomarse un ejemplo planteado por el propio García Figueroa para clarificar lo antedicho. Imagínese la regla 1 (R1) conforme a la cual está «Prohibido circular a más de 100 kms/h a los vehículos de automoción»; mientras que la regla 2 (R2) dispone que está «Permitido circular a más de 100 kms/h a las ambulancias». Según el planteamiento de García Figueroa, bien puede suceder que ambas reglas sean válidas (no incompatibles en el plano de la jerarquía) y, sin embargo, contradictorias, en cuyo caso, pueden aplicarse los criterios cronológico o de especialidad para determinar cuál es la regla aplicable, manteniendo la validez de ambas incólume. Sucede, sin embargo, que, contra lo que piensa García Figueroa, Dworkin no parece haberse quedado relegado en los pasos de su razonamiento, sino que, antes bien, parece haber dado implícitamente un paso adicional. Es decir, es probable que cuando Dworkin señala que ante dos reglas incompatibles solo una puede ser válida, se esté refiriendo a que circunscrito (vía interpretación) el ámbito de validez coextensivo de dos reglas contradictorias, solo uno puede ser en realidad válido. En efecto, R1, interpretada, puede ser expresada en un metalenguaje normativo del siguiente modo: «Prohibido circular a más de 100 kms/h a los vehículos de automoción, es decir, incluyendo a las ambulancias». Así, el ámbito de validez de R1 en el que se incluye a las ambulancias, es coextensivo con el ámbito de validez de R2, y, sin embargo, contradictorio, por lo que, planteado así el asunto, solo uno puede resultar válido. Y es que, como ya se ha señalado, Chiassoni lleva razón cuando

⁴¹⁴ Cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 171.

⁴¹⁵ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 78.

refiere que en el plano de los sentidos interpretativos, una antinomia solo puede ser total-total⁴¹⁶, y solo uno de ambos podrá ser válido, imponiéndose, invariablemente, por razones de primacía jerárquica, de primacía temporal o de especialidad.

Es cierto, sin embargo, que introducir el concepto de invalidez en el contexto de contradicción de dos normas del mismo rango, no deja de causar perplejidad, sobre todo si se tiene en cuenta el concepto de validez normativa que aquí se está manejando. De todas formas, la aparente falta de rigurosidad de Dworkin puede resultar eximida, si se tiene en cuenta que el razonamiento que transita la mayor parte de su obra es fundamentalmente práctico, y, como ya hemos destacado, en ese nivel, las diferencias entre validez y aplicabilidad se reducen en tal grado que se hacen muchas veces imperceptibles.

En todo caso, la posición de Dworkin en torno a los conflictos entre reglas no se agota en un problema de validez. Dworkin sostiene también que en las reglas residen condiciones finitas, o exhaustivamente enumerables de aplicabilidad. Esto, desde luego, no significa que para Dworkin la aplicación de una específica regla no pueda resultar exceptuada por otra regla del mismo ordenamiento. Significa, tan solo, que esta aparente colisión puede ser reformulada en una nueva regla con un nivel mayor o más complejo de exhaustividad, en la que condiciones y excepciones de aplicación queden conjuntamente expresadas⁴¹⁷.

En definitiva, puede considerarse que la definición de reglas de Dworkin pretende referir que el universo de reglas del sistema es cerrado, es decir, que las excepciones a su aplicación son finitas o enumerables *in toto*. Y si bien esta labor enumerativa puede resultar engorrosa por extensa, considera que, «en teoría, (...) no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla»⁴¹⁸.

Por su parte, y en contraposición a lo que sucede con las reglas, Dworkin considera que los principios pueden resultar inaplicados a pesar de que los hechos contenidos en sus condiciones de aplicación, resulten realmente verificados. Entiende que los supuestos en los que un principio queda inaplicado, en estricto, no pueden ser tratados como excepciones absolutas o invariables, porque no podemos simplemente esperar incluirlos en el enunciado del principio consiguiendo un precepto más complejo y completo. Las excepciones a los principios no están, ni siquiera en teoría, sujetas a enumeración exhaustiva, pues superan nuestra imaginación. De ahí que, a diferencia de las reglas, en caso de contradicción, los principios no guardan una

⁴¹⁶ Cfr. nota 129 *supra*.

⁴¹⁷ Esto es advertido debidamente por García Figueroa (Cfr. *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit. pp. 165 – 166).

⁴¹⁸ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 75.

relación de exclusión, sino de peso o importancia: «quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia y qué peso tiene»⁴¹⁹.

Si bien la diferencia teórica entre principios y reglas parece ser nítida para Dworkin, este reconoce que en la práctica el asunto puede tornarse bastante más borroso. «En ocasiones –refiere–, una regla y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma»⁴²⁰. Así, a partir de su enfoque, puede deducirse que una disposición que estableciera que «Todo contrato que restrinja de modo irrazonable el comercio será nulo», es en parte un principio, porque su aplicación depende de la manera cómo otros principios permitan delimitar el término «irrazonable», pero es también en parte una regla porque, a su juicio, el «tipo» de principios que permitirían determinar si la disposición es o no aplicable es limitado⁴²¹.

Lo que Dworkin parece querer advertir aquí es que esta clase de disposiciones serían principales en tanto que su aplicación depende de la importancia que resulte en su cotejo con otros principios, pero que, serían también reglas en la medida de que estos principios serían limitados y, por consiguiente, exhaustivamente enumerables.

Y aquí es cuando el planteamiento dworkiniano sobre la diferencia entre principios y reglas pierde la mayor parte de su atractivo y capacidad de persuasión, pues no queda nada claro por qué en este caso el universo del que pueden surgir las razones que indiquen si la disposición se aplica o no, es delimitable, y no lo es en el resto de las disposiciones que Dworkin entendería como principales. Por lo demás, si más allá de las dificultades que pudiera representar la ubicación del universo de razones que condicionan la aplicación de la norma, se trata de un universo limitado o finito, ¿por qué no calificarla sencillamente como una regla? O ese universo es limitado y estamos ante una regla (o una suma de reglas capaces de reconducirse a una regla última más compleja e inderrotable), o no lo es y estamos ante un principio (o una articulación abierta de principios mutuamente condicionados y, por ende, derrotables). No parecen existir puntos medios.

R. Alexy también puede ser situado entre los filósofos que se ha detenido a trazar importantes diferencias entre principios y reglas, considerando, expresamente,

⁴¹⁹ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 77 – 78.

⁴²⁰ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 79.

⁴²¹ Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., pp. 79 – 80.

que tales disimilitudes no son solo de grado, sino cualitativas⁴²². Para Alexy, toda norma es o bien una regla o bien un principio, se trata de categorías mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivas⁴²³, y el punto decisivo para la distinción es que «los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (...) En cambio, las *reglas* son normas que solo pueden ser cumplidas o no»⁴²⁴. De esta manera, mientras los principios son considerados por el filósofo alemán *mandatos de optimización*, susceptibles de cumplirse en distinto grado⁴²⁵, las reglas son *determinaciones*, que se cumplen o no se cumplen.

Para Alexy, tal como también lo entiende Dworkin, un conflicto entre reglas solo puede solucionarse de dos maneras: o considerando alguna inválida, o asumiendo que una es excepción de la otra. En todo caso, una tiene una precedencia invariable sobre la otra. Los conflictos entre principios, sin embargo, merecen un tratamiento distinto. En caso de que este se produjera, en ningún caso podría hablarse de una precedencia absoluta de uno sobre otro, sino tan solo de una precedencia variable, dependiendo de «ciertas circunstancias»⁴²⁶. Así pues, al igual que Dworkin, Alexy considera que la colisión de las reglas se resuelve en clave de validez, mientras que la colisión entre principios se resuelve en clave de peso.

De esta forma, hasta aquí, las propuestas de Dworkin y Alexy son prácticamente coincidentes⁴²⁷. No obstante (y aquí es donde los pensamientos transitan por rumbos distintos), Alexy considera que no siempre las reglas encierran un mandato definitivo, pues incluso siendo válidas y verificándose el supuesto de hecho recogido en su supuesto normativo, su cumplimiento puede ser exceptuado en virtud de lo dispuesto por un principio. De ahí su abierto rechazo a cierta propuesta de Dworkin: «[e]n contra de lo que piensa Dworkin, las cláusulas de excepción que pueden introducirse en las reglas en razón de los principios, ni siquiera son teóricamente enumerables. Nunca se puede estar seguro de que en un nuevo caso no haya que introducir una nueva cláusula de excepción»⁴²⁸.

⁴²² Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 67.

⁴²³ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 68.

⁴²⁴ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 67 – 68. Las cursivas son del original.

⁴²⁵ Se le ha criticado cierta ambigüedad a R. Alexy en la caracterización de los principios como mandatos de optimización, pues no se entiende bien si el principio es en sí mismo el mandato de optimización, o si es la norma que debe ser optimizada, es decir, el objeto de la optimización (cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 187 – 189). Para otra crítica al tratamiento de los principios como mandatos de optimización, puede verse Sieckmann, J., «Los derechos fundamentales como principios», ob. cit., pp. 29 – 31.

⁴²⁶ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 70 – 71.

⁴²⁷ Quizá por ello se haya señalado que la distinción entre reglas y principios de Alexy no es incompatible con la de Dworkin, «sino de un grado superior a ésta» (cfr. Ruíz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 159).

⁴²⁸ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 80.

A pesar de esta importante atingencia, Alexy no renuncia a pretender establecer una distinción cualitativa entre principios y reglas, pues, a su juicio, el carácter *prima facie* de ambos tipos de normas es sustancialmente diferente. Mientras que para que un principio sea derrotado basta que otro goce de mayor peso en un caso concreto, para que suceda lo mismo con una regla no basta que un principio tenga mayor peso que aquél en el que la regla se apoya. Será necesario, además, que sean derrotados «los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición. Estos principios deben ser llamados “principios formales”. Cuanto más peso se confiera en un ordenamiento jurídico a los principios formales, tanto más fuerte será el carácter *prima facie* de sus reglas. Solo si a tales principios no se les atribuyera ya ningún peso, lo que tendría como consecuencia el fin de las reglas en tanto tales, las reglas y los principios tendrían el mismo carácter *prima facie*»⁴²⁹.

A pesar de que en su *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy vuelve a hacer referencia a estos principios formales⁴³⁰ (calificados así en contraposición a los materiales), no queda claro por qué en caso de colisión entre reglas y principios, aquellos prestarían apoyo solo a las reglas y no a los principios. Después de todo, las normas que deben ser seguidas porque han sido impuestas por una autoridad legitimada o por una práctica transmitida, pueden ser tanto reglas como principios. Sin embargo, se adivina aquí cierta referencia a la mayor claridad semántica y mayor certeza jurídica que (como principios formales) prestan ciertamente mayor apoyo a las reglas que a los principios. En todo caso, al reconocer, en última instancia, que así como los principios las reglas (por acción de los principios) también contienen un mandato de cumplimiento *prima facie*, y que el peso a favor de la aplicación de las reglas puede venir autorizado por una práctica transmitida, la diferencia que Alexy originalmente consideraba plena y cualitativa, ha pasado a ser una diferencia de grado y cuantitativa: todas las normas, tanto las reglas como los principios, son derrotables⁴³¹.

Quizá uno de los planteamientos más interesantes de Alexy al diferenciar los principios de las reglas, sea cuando concibe tanto a unos como a otros como *razones para normas*. A juicio de Alexy, cuando una regla es una razón para un juicio concreto,

⁴²⁹ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 81.

⁴³⁰ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 111 y ss., y 257 y ss.

⁴³¹ Tal como ha señalado García Figueroa criticando la tesis de la separación fuerte de Alexy: «Si la descripción de los principios no deja autonomía a las reglas, entonces carece de sentido mantener la distinción entre reglas y principios en los Estados Constitucionales» (cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 347).

es decir, cuando es válida y no ha sido objeto de ninguna excepción, es una *razón definitiva*. Por el contrario, un principio en relación con un juicio concreto, es solo una *razón prima facie*, pues deberá ser ponderado con otros principios (y otras reglas) en el camino del establecimiento de una regla que actúe como *razón definitiva* en la decisión del caso. «Por ello, puede decirse que siempre que un principio es, en última instancia, una razón básica para un juicio concreto de deber ser, este principio es una razón para una regla que representa una razón definitiva para este juicio concreto de deber ser»⁴³². Y esto es tanto como afirmar –aunque Alexy parece negarlo⁴³³– que, en estricto, un principio nunca es una razón para la decisión de un caso, sino solo una razón para el establecimiento de una regla. O, en todo caso, que un principio es solo una razón mediata o indirecta para la decisión de un caso y una razón inmediata o directa para el establecimiento de una regla. Por lo demás, esa es la consecuencia de la denominada *ley de la colisión* planteada por el propio Alexy, conforme a la cual «las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente»⁴³⁴.

Planteado así el asunto, la interpretación parecería ser el punto de división tajante entre principios y reglas. Todo aquello que existe en el mundo jurídico antes de la interpretación, debe ser considerado como un instrumental de normas potencialmente derrotables, en el sentido de no definitivas; es decir, un instrumental de principios. Mientras que todo el mundo jurídico posterior a la interpretación jurisdiccional, debe ser considerado como una suma de normas inderrotables, en el sentido de definitivas; es decir, una suma de reglas. Este, ciertamente, puede ser un modo fuerte de distinguir principios y reglas. Sin embargo, su consecuencia teórica no es nimia y, de hecho, es contraria a la primigenia caracterización de las reglas de Alexy. En efecto, un planteamiento de este tipo lleva a la conclusión de que las reglas no se interpretan; simplemente se aplican. Y, por consiguiente, no pueden ser objeto de excepción. En definitiva, por esta vía, las reglas, que no sin tapujos, Alexy había calificado también como normas *prima facie*, se han convertido en normas absolutas, contradiciendo su propio planteamiento.

Pero no solo eso. Esta caracterización de las reglas como razones definitivas, las condenaría a tener virtualidad solo en un momento estático del Derecho. Es decir, en aquel momento que nace y se agota en torno a un aislado y específico caso individual.

⁴³² Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 83.

⁴³³ Cfr. *Idem*.

⁴³⁴ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 75.

En efecto, tal como han destacado Alchourrón y Bulygin⁴³⁵, cabe distinguir entre los conceptos de orden jurídico y sistema jurídico. El primero alude a una secuencia de sistemas jurídicos, la cual es susceptible de ser reconducida a una unidad en virtud de la identidad de criterios existentes para identificar a los conjuntos normativos pertenecientes a dicha secuencia. Mientras que el concepto de sistema jurídico hace alusión a un momento estático de esa secuencia, compuesto por un conjunto finito de enunciados jurídicos, entre los cuales hay al menos uno que impone una sanción⁴³⁶. «Cada vez que una norma es agregada [o retirada] a un sistema jurídico tenemos un sistema diferente, porque el conjunto de normas que pertenece al sistema es distinto»⁴³⁷, sin embargo, podemos encontrarnos todavía ante un mismo orden jurídico en la medida de que todos los enunciados jurídicos hayan mantenido y mantengan una unidad de criterios para determinar su pertenencia a dicho orden.

A partir de esta definición son evidentes, cuando menos, dos cuestiones: 1) que solo el concepto de orden jurídico está vinculado con la dinamicidad propia del Derecho, caracterizada por la continua creación o mutación de las normas jurídicas pertenecientes a un ordenamiento. Este proceso creativo es tan vertiginoso que muy probablemente en el momento en que se inició la escritura de esta oración existía un específico sistema jurídico en el territorio español, y ahora que termina ya existe otro, aunque el orden jurídico sea el mismo. Y 2) que los enunciados finitos y definitivos de un sistema jurídico (S1), solo lo son en autorreferencia a tal sistema, pero no lo son en relación con el orden jurídico. Ello porque los enunciados del S1 (o cuando menos uno de ellos) necesariamente serán la fuente normativa para el surgimiento de la norma o

⁴³⁵ Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Sobre el concepto de orden jurídico», en: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 393 – 407. En idéntico sentido, cfr. Bulygin, E., «Tiempo y validez», en: *Análisis lógico y Derecho*, ob. cit., pp. 195 - 214; también, cfr. Moreso, J. J. y Navarro, P., *Orden Jurídico y Sistema Jurídico. Una investigación sobre la identidad y dinámica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 40 – 44; igualmente, cfr. Rodríguez, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 119 y ss.

⁴³⁶ Esta distinción guarda cierto paralelismo con la que en su momento estableciera J. Raz entre sistema jurídico y sistema jurídico momentáneo (cfr. Raz, J., *The Concept of a Legal System*, ob. cit., pp. 34 – 35). Y, por el contrario, no debe ser confundida con la distinción entre Ordenamiento y sistema normativo a la que alude Requejo Pagés. Para Requejo un Ordenamiento «es el precipitado resultante de la conjunción de una pluralidad de sistemas normativos reducidos a unidad en la Constitución como norma sobre la aplicación de normas. De la Constitución dependerán, en su validez, las normas integradas en el sistema normativo instaurado por aquélla en su condición de norma positiva primera y superior. Y también dependerán de ella, si bien ya no en su validez, sino exclusivamente en su aplicabilidad, las normas de aquellos sistemas que, constituidos por normas positivas primeras y superiores distintas de las formalizadas por la Constitución., sean tenidas por ésta, sin embargo, como normas aplicables a los fines de organizar el ejercicio de la fuerza» (cfr. Requejo, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, p. 26). De esta manera, mientras el elemento clave para distinguir orden jurídico y sistema jurídico en el pensamiento de Alchourrón y Bulygin es el tiempo, o más exactamente, la secuencia y el momento, en el pensamiento de Requejo, el elemento importante para distinguir un Ordenamiento (o conjunto de sistemas normativos) de un sistema normativo, es determinar si las normas que les pertenecen guardan una relación en clave de aplicabilidad o solo de validez.

⁴³⁷ Cfr. Bulygin, E., «Tiempo y validez», en: *Análisis lógico y Derecho*, ob. cit., p. 198.

normas que permitirán hablar de la existencia de un sistema sucesivo (S2), perteneciente al mismo orden. Dicho de otra forma, toda vez que los enunciados jurídicos del S1 pueden mutar, o no pueden ser considerados definitivos o solo pueden serlo en autorreferencia al sistema que fue y que ha dejado de ser.

Pues bien, las reglas como razones definitivas de Alexy, solo tienen sentido si se entiende al Derecho como disciplina estática o como una suma de momentos pétreos desconectados unos de otros. Algo que parece bastante alejado de su concepción del razonamiento jurídico como un caso especial del razonamiento práctico general⁴³⁸.

Si, por el contrario, se concibe al Derecho como disciplina dinámica, algo propio del razonamiento práctico (y evolutivo) que le es inherente, aquella concepción de las reglas como razones definitivas, cuando menos, debería ser matizada. Quizá pueda considerarse que tal concepción es de recibo para referir que la *ratio decidendi* de una sentencia que resuelve un caso individual con calidad de cosa juzgada, es una regla definitiva para ese caso individual. Pero visto con detenimiento el asunto, esto no es más que una tautología: porque la regla es definitiva, la sentencia recaída en el caso individual ha adquirido calidad de cosa juzgada, y porque la sentencia recaída en el caso individual ha adquirido calidad de cosa juzgada, la regla que permitió resolverlo es definitiva. Evidentemente, para un caso individual resuelto con calidad de cosa juzgada todo es definitivo.

Pero apreciado el mundo del Derecho en su conjunto y en su dinamismo (que es en realidad el ámbito en el que tiene sentido hablar de reglas y principios), ni siquiera la regla de estructura más compleja derivada de la sistematización de un número elevado de principios y reglas, puede ser considerada definitiva. Ello por el sencillo motivo de que su formulación puede ser derrotada a la luz de las circunstancias de un nuevo caso concreto; un nuevo caso que haga notorio que las propiedades que antes se consideraban definitivas, en realidad no lo eran, y que haga ahora explícita la existencia de una propiedad en el sistema jurídico que exceptúa la aplicación de la norma. Por mucho que se esfuerce la lógica jurídica, parece que esta eventualidad nunca puede ser descartada. Menos aún en un Derecho en el que destaca un relevante contenido moral. Por ello lleva razón García Figueroa cuando refiere que «en un estado constitucional reconstruir una norma completa es más difícil y seguramente sea imposible. En tal caso, la tesis fuerte de la separación carecería de sentido en los Estados Constitucionales»⁴³⁹.

⁴³⁸ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Palestra, Lima, 2007, p. 293 y ss.

⁴³⁹ Cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 348. Escapan a esta

También Atienza y Ruiz Manero han dedicado un importante esfuerzo en establecer distinciones relevantes entre reglas y principios. Dichas distinciones son establecidas, principalmente, desde un enfoque estructural y en tanto razones para la acción. Para entender el enfoque estructural es preciso advertir que estos autores no se limitan a separar las reglas de los principios, sino que, a su vez, consideran que una de las sub-divisiones que cabe hacer entre los principios, es aquella que distingue entre los principios en sentido estricto –es decir, aquellos que expresan los valores superiores de un ordenamiento jurídico o de un sector del mismo–, y las normas programáticas o directrices –es decir, aquellas que disponen la obligación de perseguir determinados fines–⁴⁴⁰.

Pues bien, desde la perspectiva estructural que adoptan⁴⁴¹, los principios en sentido estricto son aquellos que correlacionan casos genéricos configurados de forma *abierto* con soluciones, es decir, con la calificación como obligatoria, prohibida o permitida de una determinada conducta (la realización de una cierta acción o la consecución de un cierto estado de cosas). Las reglas, por el contrario, configuran el caso genérico de forma *cerrado*. Con ello quieren indicar «que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas»⁴⁴². De ahí que aún cuando tanto en el caso de los principios como en el de las reglas pueda presentarse un problema de indeterminación, este es más radical en el caso de los principios.

A partir de esta caracterización los autores bajo comentario discrepan de Alexy en cuanto este señala que los principios pueden ser cumplidos en distinto grado. En todo caso, consideran que esta afirmación solo es aplicable a las directrices, pero no a los principios en sentido estricto. Pues «si se ha determinado en la combinación de factores relevantes que presenta un determinado caso individual, que el principio [en sentido estricto] prevalece frente a principios o reglas que juegan en sentido contrario, este principio exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (...), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento»⁴⁴³. En cambio, dado que las directrices configuran de forma abierta tanto los casos genéricos que recogen como la conducta que prescriben –en el sentido de que no ordenan, prohíben o permiten una acción, sino que postulan la consecución de un objetivo–, solo permiten un

imposibilidad, desde el enfoque aquí defendido, cuando menos, la regla derivada de la autonomía y la regla derivada de la erradicación del sufrimiento, tratadas en el capítulo 2.

⁴⁴⁰ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 27.

⁴⁴¹ Cuestionada desde el análisis lógico, entre otros, por G. Ratti (cfr. Ratti, G., *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 153 y ss.).

⁴⁴² Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 31.

⁴⁴³ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 33.

cumplimiento gradual⁴⁴⁴. En resumidas cuentas, en contraposición al planteamiento de Alexy, para estos autores solo las directrices, y no los principios en sentido estricto, serían mandatos de optimización.

En tanto razones para la acción, Atienza y Ruiz Manero refieren que las reglas son razones para la acción perentorias e independientes del contenido. Son perentorias, porque constituyen una razón de primer orden para que el juez ordene realizar la acción exigida, y una razón de segundo orden para excluir cualquier deliberación sobre los argumentos a favor y en contra de ordenar la realización de la acción. Y son razones independientes del contenido, porque los jueces deben obedecer las reglas en virtud de que han sido dictadas por una autoridad normativa. Es decir, «su origen en dicha fuente es condición suficiente para que los órganos jurisdiccionales deban considerarlas como razones perentorias»⁴⁴⁵. Por su parte, los principios en sentido estricto serían razones independientes del contenido por provenir de una fuente autoritativa, pero no serían razones perentorias, pues si bien constituyen razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, ello no excluye una deliberación que permita sopesar la fuerza de estas razones con la que ofrecen las razones de otros principios que permitirían resolver el asunto en otro sentido⁴⁴⁶.

Consideran además que los principios en sentido estricto actúan como razones para la acción *finales*, en el sentido de que una vez que se ha determinado que un principio debe primar sobre el otro, tal principio se cumple de manera definitiva y completa. Sin embargo, las directrices actuarían como razones para la acción *de tipo utilitario*, en el sentido de que, en este caso, la ponderación consiste en concretar un fin teniendo en cuenta los límites representados por otros fines, eligiendo medios que permitan alcanzarlo restringiendo lo menos posible la consecución de los otros⁴⁴⁷. De esta manera, se sostiene que aunque debe procurarse el logro de los fines, estos solo permitirían una consecución graduada, o, si se quiere, incompleta.

Los fundamentos de Atienza y Ruiz Manero para diferenciar las reglas de los principios presentan, cuando menos, un problema. No alcanza a comprenderse bien por qué, desde su enfoque, las propiedades que conforman el caso genérico de una regla son finitas, y, en cambio, las propiedades que configuran el caso genérico de un principio no son exhaustivamente enumerables. *Máxime* si ellos mismos convienen en que una regla puede resultar exceptuada en su aplicación si entra «en conflicto con un principio que, en relación con las propiedades relevantes de dicho caso, tenga un

⁴⁴⁴ Cfr. *Idem*.

⁴⁴⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 35.

⁴⁴⁶ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 36.

⁴⁴⁷ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 36 – 37.

mayor peso que el (o los) principio(s) subyacentes a la regla»⁴⁴⁸. Si verificadas las propiedades *ab initio* estipuladas por una regla, por las razones que fueran, esta no se aplica ¿cómo puede sostenerse que tales propiedades se caracterizan por ser cerradas?

Prieto ha planteado una crítica similar sosteniendo que «la existencia de principios explica en buena medida por qué la imagen del “todo o nada” no se adecúa ni a las reglas ni a los principios. Pues si se sostiene que no cabe enumerar las excepciones a los principios y, por tanto, tampoco los supuestos de aplicación, pero se sostiene, en cambio, que los principios sí pueden exceptuar a las reglas, resultará en suma que lógicamente tampoco podemos saber los casos de excepción a las reglas»⁴⁴⁹. Atienza y Ruiz Manero han replicado que en esta observación habría una confusión de los conceptos de casos genéricos y casos individuales. En ese sentido afirman: «lo que las reglas configuran a nuestro juicio de forma “cerrada” son los casos genéricos que constituyen sus condiciones (genéricas) de aplicación, mientras que el problema de la textura abierta o vaguedad potencial se da en otro ámbito, en el de la subsunción de casos individuales en tales descripciones genéricas»⁴⁵⁰. Sin perjuicio de que en esta réplica se conecta directamente la derrotabilidad práctica de las reglas con el de su textura abierta –fenómenos que, desde la perspectiva aquí sostenida–, no guardan una relación necesaria–, lo que Atienza y Ruiz Manero parecen querer indicar es que la finitud de las propiedades de las reglas puede ser predicada en el ámbito de la abstracción de los casos genéricos que ellas recogen, más no en la concreción de los casos individuales que ellos pueden incluir.

Si esto es así, la confusión o mezcla de planos parece encontrarse en el pensamiento de Atienza y Ruiz Manero y no en el de Prieto. En efecto, lo que este sostiene (y que aquí se comparte), es que la derrotabilidad jurídica se desarrolla en el ámbito del discurso práctico, y que, en consecuencia, la imposibilidad de enumerar los casos individuales que pueden ser subsumidos en los casos genéricos de las normas, ataca tanto a las reglas como a los principios, y que, en ese sentido, no existe ninguna

⁴⁴⁸ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 32.

⁴⁴⁹ Cfr. Prieto, L., *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 35. La misma crítica es formulada por Alexy (cfr. Alexy, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», traducción de M. Atienza, en: *Doxa*, N.º 5, 1998, p. 141), y por Bayón quien concretamente sostiene: «Un principio puede requerir que un caso, comprendido inequívocamente en la zona de aplicabilidad de una regla, sea resuelto de un modo diferente al dispuesto por aquélla. Los principios pueden justificar excepciones a las reglas: pero entonces si no es posible determinar de antemano el conjunto preciso de casos gobernados por un principio – porque éste puede concurrir en muchos de esos casos con otros principios, y no contamos con una jerarquización u ordenación estricta de los mismos que defina *ex ante* su “peso” respectivo–, entonces tampoco podemos determinar de antemano el conjunto preciso de excepciones obligadas a la regla, lo que es tanto como decir que no podemos determinar de antemano en qué casos la regla es aplicable» (cfr. Bayón, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho», ob. cit., 63).

⁴⁵⁰ Cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., Apéndice al Capítulo 1 denominado «Réplica a los críticos», en: *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 54.

diferencia cualitativa entre ambos. Por su parte, Atienza y Ruiz Manero no niegan esto, pero afirman que cuando califican a las reglas como normas cerradas, lo hacen para denotar la exhaustividad de las propiedades de sus casos genéricos. ¿Pero acaso en este plano los principios no serían también normas cerradas? La finitud de los casos genéricos es predicable de cualquier norma jurídica, por el sencillo motivo de que ella denota un ideal normativo consistente en la ficción de que el Derecho (la suma de todas sus normas), es capaz de brindar solución normativa a cualquier caso de relevancia jurídica. Es decir, denota la ficción, como ideal regulativo, de la plenitud del Derecho. O se describe el sistema normativo en el plano de los casos genéricos y se afirma que ellos, en conjunto, constituyen un sistema cerrado (esta es la posición de los lógico deónticos), o se le describe en conjunción con el plano de los casos individuales y se le considera un sistema abierto (esta es la posición de la tesis débil de la separación que se analizará a continuación). Lo que no cabe es situarse en el primer plano para afirmar que las reglas son cerradas y luego pasar al otro para afirmar que los principios son abiertos. Es aquí más bien donde se incurre y se induce a confusión.

5.2 Tesis débil de la separación conceptual.

Para la tesis débil de la separación conceptual, entre principios y reglas no existen diferencias cualitativas, sino solo de grado. Parte de la premisa de que la distinción entre reglas y principios es básicamente pragmática, por lo que su determinación en el plano abstracto carece de mayor relevancia.

Una primera crítica a los problemas derivados de pretender establecer una definición *per genus et differentiam* de principios y de reglas, es expuesta por Hart. Este autor, en réplica a Dworkin, sostiene que no es posible establecer una distinción tajante, puesto que, entre otras atingencias, considera que es perfectamente posible que una regla sea vencida en un caso concreto, sin que ello signifique que esta haya perdido su validez, lo cual evidenciaría que, al igual que los principios, las reglas también tienen una dimensión aplicativa de peso o importancia.

Para fundamentar su réplica, Hart utiliza el caso *Riggs vs. Palmer* propuesto por el propio Dworkin, en el que un tribunal de New York denegó a un nieto que había asesinado a su abuelo, recibir la herencia de este. A pesar de que la ley testamentaria no contemplaba este caso como un supuesto de exclusión de la sucesión, el tribunal fundamentó su decisión en el principio de que nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos. A juicio de Hart, este ejemplo demuestra algo que contraviene la posición dworkiniana, es decir, demuestra que «las reglas no tienen un carácter de todo o nada,

toda vez que son susceptibles de entrar en conflicto con los principios, los cuales pueden vencerlas»⁴⁵¹. Ninguna regla había sido invalidada, y sin embargo, el caso había sido resuelto de un modo divergente al tenor de una regla que parecía adjudicarle claramente una solución. De este modo, Hart entiende que, en el mejor de los casos, solo podría establecerse una distinción entre reglas casi concluyentes, es decir, aplicables solo si no son vencidas por otras normas, y principios no concluyentes, que se inclinan por una solución, pero que con frecuencia no la determinan totalmente⁴⁵². Para este autor, en consecuencia, la diferencia es solo gradual.

Pero la tesis débil adopta hoy en día una configuración aún más firme. Probablemente el mejor modo de distinguirla de la tesis fuerte sea aludiendo a un claro planteamiento de Comanducci:

«Según la tesis de la separación fuerte, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios y a partir de reglas, y de la diversidad en la solución de conflictos entre principios y entre reglas. (...). En cambio, según la tesis de la separación débil, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y en la solución de los conflictos»⁴⁵³.

En efecto, sin que se niegue que las normas suelen presentar una diversa estructura (mientras que algunas –las que suelen denominarse reglas– presentan con apreciable claridad tanto el supuesto de hecho, como el nexo deóntico y la consecuencia jurídica, otras –las que suelen denominarse principios– no necesariamente presentan esta estructura completa ni tampoco clara), una diversa determinación semántica (las reglas gozarían de autonomía semántica y los principios mayor indeterminación) y una diversa carga moral (las reglas, comúnmente, la tendrían en menor medida que los principios) para la tesis débil estas distinciones pasan a un segundo plano de importancia, puesto que la separación entre reglas y principios se relaciona con el rol que las normas cumplen en el proceso interpretativo, un proceso que «es capaz de transformar los principios en [reglas] y las [reglas] en principios»⁴⁵⁴.

De este modo, para esta tesis el origen de la separación conceptual no reside en el nivel de las fuentes jurídicas, sino en el del razonamiento práctico que sobre ellas

⁴⁵¹ Cfr. Hart, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, ob. cit., p. 42.

⁴⁵² Cfr. Hart, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, ob. cit., pp. 42 – 43.

⁴⁵³ Cfr. Comanducci, P., «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», ob. cit., pp. 93 – 94.

⁴⁵⁴ Cfr. Guastini, R., «Derecho dúctil, Derecho incierto», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII, 1996, p. 119.

puede recaer⁴⁵⁵. Por lo que, en definitiva, se sostiene con convicción que «la diferencia entre regla y principio emerge *exclusivamente* en el momento de la interpretación-aplicación»⁴⁵⁶.

Así, desde esta perspectiva, las normas no *son* principios o reglas, sino que, presentados determinados casos, *actúan* o *funcionan* como principios o como reglas. Funcionan como principios cuando su aporte a la dilucidación del caso ha tomado la forma de un peso específico que, en confrontación con el de otra(s) norma(s), ha resultado finalmente solo relevante (cuando fue derrotado por el peso normativo opuesto) o concluyente (cuando se ha impuesto frente al peso normativo opuesto), manteniendo todas las normas involucradas su validez abstracta. Funcionan como reglas, en primer lugar, cuando no se ha hecho explícito ningún balance con el peso de otras normas, sea porque todas inclinaban la decisión hacia un mismo sentido, sea porque solo una ha sido tomada como relevante (y por consiguiente, concluyente) en la resolución de la causa, y, en segundo lugar, cuando pese a haber existido una confrontación con otra norma, el trance ha concluido con la pérdida de validez abstracta de alguna de las normas involucradas o generando que una actúe siempre como excepción a la aplicación de la otra.

Ello quiere decir que son compatibles con este enfoque, las siguientes conclusiones. En primer lugar, esto significa, a su vez, que una misma norma puede funcionar en un caso como principio y en otro como regla⁴⁵⁷. En segundo lugar, significa que cada vez que se utiliza un juicio de ponderación en un caso, estamos ante un conflicto de principios, y que cada vez que el juicio de ponderación está

⁴⁵⁵ Tal como ha señalado Prieto, «[s]i (...) se sostiene que unos mismos enunciados pueden operar a veces como reglas y a veces como principios, pero que esta operatividad o manera de funcionar es sustancialmente distinta, entonces la diferencia cualitativa no tendrá su origen en el Derecho, sino en el razonamiento (...); reglas y principios no aludirán a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas» (cfr. Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», ob. cit., p. 52). Por su parte, García Figueroa ha referido que el estudio estructural «no parece responder a la vocación argumentativa de los principios, que pertenecen no tanto al discurso del sistema jurídico, como al de la teoría de la argumentación jurídica» (cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 153).

⁴⁵⁶ Cfr. Gianformaggio, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985, p. 72; también, de la misma autora, cfr. *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Turín, 1986, p. 98. La cursiva es de los originales.

⁴⁵⁷ Por ejemplo, la cláusula de igualdad actúa como principio en un caso en el que se le confronta con una norma que establece que las viudas no se encuentran obligadas a probar su estado de necesidad para recibir una pensión de viudez, mientras que los viudos sí. No sería ilusorio pensar que un tribunal encuentre razones suficientes (siquiera temporales) para mantener la validez de esta última regla a la luz de la clara situación de postergación en la que se encuentra el colectivo femenino en una sociedad determinada, manteniéndose también, ciertamente, la validez de la cláusula de igualdad (cfr. STC peruano 0050-2004-PI, 0051-2004-PI, 0004-2005-PI, 0007-2005-PI, 0009-2005-PI –acumulados–, FF. JJ. 142 – 146). Pero la misma cláusula de igualdad actuaría como regla en un conflicto frente a una cláusula que pretendiese institucionalizar en un mismo ordenamiento un modelo de discriminación racial como el del *apartheid*. Se trataría de un supuesto en el que solo una de las dos normas tendría posibilidad de mantener su validez (cfr. Puigpelat, F., «Principios y normas», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VI, 1990, p. 241).

ausente, estamos ante un caso en el que solo se ha encontrado inmersa la aplicación de reglas⁴⁵⁸. En tercer lugar, implica que una decisión sobre la base de principios no condiciona el sentido de una decisión futura en la que estén confrontados los mismos principios, mientras que una decisión sobre la base de reglas sí condiciona el sentido de la decisión futura en la que se encuentren involucradas las mismas reglas.

Podría pensarse que la última conclusión propuesta en relación con las reglas no puede ser expuesta en modo tajante, puesto que el hecho de que una regla funcione como una excepción de otra puede ser un juicio que varíe en virtud de la presencia de un caso individual que permita apreciar la existencia de una propiedad que elimine la excepción o incluso la invierta. No obstante, si ello ocurre, sin duda será porque en la valoración del caso se ha incorporado una nueva norma que, actuando como principio, ha obligado a replantear el razonamiento en términos de una ponderación. En otras palabras, habrá sucedido que las normas que en el caso anterior habían actuado solo como reglas, se han visto ahora obligadas a actuar como principios.

Como se observa, para la tesis débil de la separación conceptual la determinación de si las normas funcionan como principios o como reglas, depende, en buena medida, de la actitud que frente a ellas adopte el intérprete. Si su actitud es deliberativa, es probable que el asunto sea resuelto asumiendo que en el caso participan principios y no reglas, aún si las normas involucradas evidencian una estructura cerrada. Así por ejemplo, un juez con actitud no deliberativa, en virtud de lo dispuesto por el artículo 181° de la Constitución peruana⁴⁵⁹, no dudaría en declarar la improcedencia, en toda circunstancia, de una demanda en la que se solicite la nulidad de una resolución del Jurado Nacional de Elecciones, en cambio, un juez con la actitud contraria, asumirá que esta aparente regla puede, dependiendo de las circunstancias, actuar como principio, es decir, confrontando las razones que aporta al caso con las de otra(s) norma(s) que pueda(n) resultar relevante(s), sin asumir *prima facie* a ninguna como incontrovertidamente concluyentes⁴⁶⁰.

También podría ocurrir, por cierto, que un juez con actitud no deliberativa, resuelva el caso como si de un enfrentamiento de reglas se tratara, aun si en él participan normas de estructura abierta. Hace algunos años, por ejemplo, no era difícil

⁴⁵⁸ En consecuencia, esta perspectiva viene a afirmar «no que un principio se caracteriza por operar en el marco de un conflicto según la ley de la ponderación, sino que, al contrario, cuando hacemos uso de esa técnica de solución de conflictos debemos decir que aplicamos principios» (cfr. Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», ob. cit., p. 61). La figura de la ponderación merecerá un tratamiento detenido en el siguiente capítulo.

⁴⁵⁹ El artículo 181° de la Constitución peruana, establece que «las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno».

⁴⁶⁰ Más adelante se analizará cómo el Tribunal Constitucional peruano ha considerado que, en determinadas circunstancias, el artículo 181° de la Constitución es derrotable.

encontrarse con resoluciones judiciales en las que se señalaba que la libertad de expresión prevalecía invariablemente frente al derecho al honor⁴⁶¹.

Ahora bien, es cierto también que una versión extrema de la teoría débil podría llevar a la conclusión de que antes de la interpretación no existe posibilidad alguna de referirse a determinadas normas como principios y a otras como reglas. Prieto refiere que, sin embargo, esto constituiría una clara y sorprendente exageración, cuando menos, desde el punto de vista del lenguaje de los juristas, pues cuando estos «hablan de principios, principios generales del Derecho o de los principios constitucionales, parece que –con toda la nebulosa que se quiera– pretenden aludir a un género peculiar de normas, que son distintas –aunque no distintas “lógicamente”– de las demás normas a las que llamamos reglas»⁴⁶².

Es así que una manera de evitar este, si se quiere, contraintuitivo inconveniente, es reconociendo además de la distinción práctica de principios y reglas, también es posible establecer una distinción previa a una interpretación-aplicación de las normas, pero reconociendo que, en todo caso, sería una distinción *relacional* basada en criterios de fundamentalidad, generalidad y apertura. Es decir, una norma será un principio cuando «si quiera idealmente tenemos presente otra norma o grupo de normas respecto de las cuales aquélla se presenta como fundamental, general, etc.»⁴⁶³.

H. Ávila ha rechazado que pueda establecerse una separación, siquiera débil, entre principios y reglas tomando como criterio su fundamentalidad o carga axiológica. Su razonamiento es el siguiente: «Toda norma, al estar destinada a lograr una determinada finalidad, sirve de medio para la realización de valores, de forma que las reglas sirven de medio para concretar, al menos dos valores: el valor formal de seguridad, pues las reglas tienen una pretensión de decidibilidad inexistente en el caso de los principios; y el valor sustancial específico, ya que cada regla tiene una finalidad subyacente. Por esta razón no cabe fundar una distinción entre las especies normativas en el contenido valorativo si éste, en vez de alejarlas, las aproxima»⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Cfr. STC peruano 0905-2001-PA.

⁴⁶² Cfr. Prieto, L., *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 55. También, del mismo autor, cfr. «Diez argumentos a propósito de los principios», ob. cit., pp. 60 – 61.

⁴⁶³ Cfr. Prieto, L., *Sobre principios y normas*, ob. cit., p. 63.

Ahora bien, es cierto también que la determinación de esta *relacional* fundamentalidad, generalidad o apertura, exigirá también de por medio algún proceso interpretativo. No obstante, será consecuencia tan solo de una interpretación *sensu largo*, es decir, aquella referida a la atribución de un significado a un enunciado lingüístico según unas reglas semánticas, y no de una interpretación *sensu estricto*, es decir, aquélla que consiste en la atribución de un significado a un enunciado lingüístico cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto (cfr. Wröblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1988, p. 22).

⁴⁶⁴ Cfr. Ávila, H., *Teoría de los principios*, traducción de L. Criado, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 76.

La apreciación de Ávila es en parte correcta, pero en parte no exacta. Se coincide con él en la manera cómo describe los valores que persiguen las reglas, y de hecho la relación entre estas y sus razones subyacentes será analizada con en el capítulo 4 en un sentido parecido. No obstante, más allá de la denominación que se les quiera dar, parece bastante claro que es posible establecer una separación (incluso fuerte) entre normas que en sí mismas expresan (prescriptivamente) valores y aquellas que, sin perjuicio de que puede interpretarse que los persiguen, no los expresan. Que finalmente todas se encuentren axiológicamente relacionadas porque estas últimas se fundamenten en los valores expresados por las primeras, e incluso porque en definitiva todas deban adecuarse a un valor normativo último (como es, por ejemplo, la defensa de la dignidad humana en el caso de los Estados Constitucionales), no significa que en razón del contenido del lenguaje utilizado no pueda establecerse en estos casos un claro criterio de distinción.

Ávila también ha rechazado que la generalidad o indeterminación pueda ser un criterio de distinción entre reglas y principios: «toda norma, dado que está difundida por medio del lenguaje, en alguna medida, es indeterminada, razón por la que no se puede distinguir entre las especies normativas con base en algo que es común a todas ellas»⁴⁶⁵.

Tal como es de corriente aceptación, la indeterminación es algo común a toda norma. Pero sí, como bien refiere, dicha indeterminación no se manifiesta con la misma intensidad en toda norma, sí que puede ser un criterio de distinción. Se tratará, eso sí, no de un criterio de distinción fuerte o mutuamente excluyente, sino gradual y relacional. Gradual porque, como ya se dijo, la indeterminación no es la misma en toda norma, y relacional porque una norma puede ser más indeterminada que otra, y con relación a esta aparecerá como más principal, pero menos indeterminada que una tercera norma, siendo con relación a esta más reglamentista.

Pues bien, hechas estas precisiones, si como quedó expuesto, la derrotabilidad de una norma jurídica se produce como consecuencia de la confrontación de razones morales derivadas del ordenamiento jurídico, es evidente que el fenómeno se sitúa en el plano del razonamiento práctico, y que, en esa medida, comulga con una tesis débil y no fuerte de la separación conceptual entre principios y reglas. La derrotabilidad de una norma jurídica tiene lugar como consecuencia de la funcionalidad o acción de las razones normativas, y no como consecuencia de la diversidad estructural de las normas o acaso de alguna heterogeneidad ontológica entre ellas. Lo cual, desde luego, no quiere que la distinta relación de fundamentalidad, generalidad o estructura

⁴⁶⁵ Cfr. *Idem*.

que *ex ante* puede establecerse entre las normas no pueda cumplir un rol relevante en la interpretación jurídica.

Si ello es así, es preciso entonces ingresar en el análisis del razonamiento jurídico práctico en aquellos casos en los que más de una norma jurídica aporta razones relevantes para arribar a una solución concreta. En este escenario cobra singular protagonismo la figura de la ponderación, considerada por algunos como un simple marco de encubrimiento del decisionismo puro, y por otros como una técnica argumentativa que permite contribuir a la racionalidad de las soluciones jurídicas. Del mismo modo, será necesario analizar en qué medida la institucionalidad del Derecho delimita el campo de acción de la moral legalizada. De estos tópicos, y otros relacionados, se ocupa el siguiente capítulo.

CAPÍTULO 4: CONFLICTO ENTRE NORMAS, RAZONAMIENTO JURÍDICO Y DERROTABILIDAD DE RAZONES NORMATIVAS

Un conflicto entre normas que una misma conducta se encuentre regulada de modo contradictorio por dos o más normas jurídicas. Siendo ello así, el juicio de ponderación es aquél que a partir del análisis de las razones que cada norma jurídica enfrentada aporta para la solución de un caso concreto, les asigna un determinado peso o fuerza argumentativa a favor o en contra. La norma que finalmente aporte razones más fuertes o importantes será la que, en definitiva, resuelva la controversia. Así, tal como refiere D. Mendonca, «la operación de “balancear” derechos consiste, en lo sustancial, en establecer un orden de importancia entre los derechos en cuestión, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto»⁴⁶⁶. Existe, en consecuencia, una relación intrínseca entre ponderación normativa y derrotabilidad normativa.

En el presente capítulo se apreciará, sin embargo, en primer lugar, que no todos los autores se encuentran de acuerdo con la posibilidad de que los problemas jurídicos (ni siquiera algunos de ellos) sean resueltos a través de la ponderación. Razonan así porque entienden que *en realidad* el Derecho no contiene ningún conflicto normativo. Se trataría de un sistema armónico. Los conflictos se presentan, en todo caso, desde esta perspectiva, a nivel de las interpretaciones del sistema, pero el modo de solucionarlos debe resultar coherente con la realidad armónica del Derecho. Dado que la ponderación presupone el conflicto normativo, no es un método aceptable. Si verdaderamente el sistema jurídico es armónico, la alternativa hermenéutica metodológica, cualquiera que fuere, encerrará una labor plenamente cognoscitiva; en su desarrollo, el intérprete no contribuye a la creación de una realidad jurídica, sino que la descubre. Así, se verá cómo, desde este enfoque, el postulado de que en determinadas situaciones las normas deben ser ponderadas conlleva una tarea argumentativa irracional, no susceptible de un control medianamente objetivo (apartado 1).

Luego de trazar este panorama, se desarrollarán argumentos para sostener que lo correcto es asumir que los ámbitos protegidos por las normas jurídicas –en particular, por la *iusfundamentales*– pueden ser efectivamente conflictivos. Se

⁴⁶⁶ Cfr. Mendonca, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 65). En sentido similar, cfr. Aleinikoff, A., «Balancing», en: J. Garvey y A. Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory*, West Publishing Co., Saint Paul, 1991, p. 102.

sostendrá que la tesis del no conflictivismo padece de un fuerte contraintuicionismo, y que es manifiestamente contraria al valor del pluralismo (apartado 2).

Asumir la posibilidad de conflicto normativo conlleva asumir la idea de que en determinados casos las normas jurídicas solo aportan razones *prima facie* para la decisión definitiva, lo cual las asemeja mucho al funcionamiento de los deberes morales de los que se ocupó W. Ross (tratados en el capítulo 1). Siendo ello así, en este capítulo se desarrollarán también los principales argumentos por los que la referida idea no debe llevar a confundir el razonamiento jurídico con el razonamiento moral. Se verá que si bien el razonamiento jurídico toma en cuenta criterios morales, solo acepta como válidos aquellos que deriven de la moral legalizada que tiene como criterio último de validez el valor de la dignidad humana, a lo cual se suma que los rasgos institucionales del Derecho incorporan principios formales que interactúan con la moral sustantiva legalizada, cuestión que no ocurre con el razonamiento moral no institucionalizado (apartado 3).

Se apreciará cómo, para ciertos autores, ello genera que los principios institucionales deban, por así decirlo «domesticar» los valores sustantivos incorporados al Derecho, dando lugar a que las normas deban actuar en el razonamiento jurídico como razones atrincheradas frente a sus razones subyacentes (apartado 4).

Inmediatamente, se desarrollarán argumentos para discrepar de esta posición, por considerar, en esencia, que ello devendría en una inaceptable minusvaloración de los principios jurídicos. Para que ello no suceda, a partir de una actitud deliberativa del intérprete, el Derecho no debe ser entendido como un modelo de reglas, sino como un modelo de reglas en interacción con principios (apartado 5).

Finalmente, se analizará cómo desde un punto de vista estrictamente analítico la derrotabilidad jurídica no es un fenómeno que pueda predicarse de las formulaciones lingüísticas de las fuentes formales del Derecho, sino de los sentidos interpretativos atribuibles a tales formulaciones, para lo cual será importante hacer la diferenciación analítica entre disposiciones y normas (apartado 6).

1. La visión no conflictivista de las normas jurídicas y el escepticismo frente a la ponderación y la derrotabilidad jurídica.

No resulta nada pacífico entre los autores si los casos en los que el Derecho parece dispensar más de una respuesta, deben partir de la premisa de que se trata de un conflicto normativo propio, en el que existen razones normativas enfrentadas cuyo respectivo peso justificatorio debe ser ponderado, o de una simple apariencia de

conflicto en el que en realidad nada se enfrenta, por lo que se trata tan solo de interpretar la sistemática de las normas para encontrar su conveniente delimitación. En suma –y utilizando una contraposición de modelos propuesta por Prieto–, no queda claro si debe partirse de un «modelo argumentativo» que presuponga el conflicto, o de un «modelo geográfico» que presuponga más bien la armonía entre las normas⁴⁶⁷. Desde luego, quienes adoptan una teoría no conflictivista entre las normas, no solo suelen ser escépticos frente a la ponderación, sino que no aceptan que la derrotabilidad jurídica sea un fenómeno que pueda darse en los sistemas jurídicos. Si las normas no entran en conflicto, con prescindencia de las circunstancias, no pueden derrotarse unas a otras.

La ponderación es vista por quienes defienden una concepción del Derecho como sistema no conflictivo (y en particular, por los defensores de la teoría interna de los derechos fundamentales), usualmente, como un juicio llanamente voluntarista que escapa a la positividad del sistema, explorando en valores que resultan ajenos al Derecho. Ello no significaría que el Derecho no recoja valores, sino tan solo que una vez que estos se insertan en el Derecho, este les asignaría una expresa jerarquía determinada, por lo que el aparente conflicto podría ser resuelto apelando a ella y no a ponderación o derrotabilidad jurídica alguna⁴⁶⁸. En consecuencia, nada debe quedar librado a la ponderación, pues, según se afirma, en ella «todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos y (...) pone en peligro la unidad de la Constitución y su misma prioridad jerárquica, porque la obligada hermenéutica constitucional (...) se sustituye por un trabajo de Sísifo en el que (...) se ha de resolver sin guía fiable problemas que renacen en cada encuentro de bienes»⁴⁶⁹.

Así pues, desde esta perspectiva, ponderación y arbitrariedad guardan una relación necesaria, sustentada en la supuesta imposibilidad absoluta de que los juicios ponderativos puedan venir guiados por criterios racionalmente controlables. De este modo, para Habermas, «la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado». Se trata «de juicios

⁴⁶⁷ Cfr. Prieto, L., «El constitucionalismo de los derechos», ob. cit., p. 213 y ss.

⁴⁶⁸ «La prioridad [entre valores] no puede establecerse con criterios “materiales”, esto es, no cabe hablar de otra jerarquía de valores que aquélla que la Constitución expresamente establezca. Entre las normas constitucionales no hay diferencias en cuanto a valor material, sino solo las que resulten del derecho constitucional positivo. Y es preciso que tal subordinación se haga de modo expreso (...)». (cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., pp. 117 - 118).

⁴⁶⁹ Cfr. Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», ob. cit., p. 121.

irracionales porque con ello[s] cobran primacía los argumentos funcionales a costa de los argumentos normativos»⁴⁷⁰.

Es justo reconocer, en todo caso, que estos autores, al excluir la ponderación de sus respectivos postulados, no hacen más que guardar coherencia con sus propias premisas. En efecto, si en el ordenamiento jurídico los contenidos de las respectivas normas se encuentran perfectamente delimitados, y de lo que se trata es de descubrir dicha delimitación por vía del proceso interpretativo, en este no puede haber espacio para la ponderación. Y es que el juicio ponderativo supone –en consonancia con la imagen de una balanza⁴⁷¹ (no en vano su traducción al inglés es *balancing*, y en el ámbito italiano suele recurrirse al término *bilanciamento*)– la búsqueda de una armonización equilibrada entre fuerzas contrapuestas. Si entre la fuerza normativa de los derechos no existe contraposición ¿de qué ponderación podría hablarse?

En tal sentido, la tesis contraria a la ponderación juzga conveniente partir de la premisa de que entre las normas constitucionales existe una plena armonía, por lo que, en caso de aparentes conflictos, la solución al caso vendría determinada por un detenido examen interpretativo de cada uno de los elementos concernidos, sin que sea necesario un balance que presuponga un enfrentamiento de fuerzas.

Este es, *grosso modo*, el criterio que sirve de base a García Amado para preferir el por él denominado método interpretativo/subsuntivo frente al método ponderativo. Este autor considera que la ponderación carece de autonomía operativa y es trivial o prescindible, pues «el resultado de su aplicación (el “peso” resultante) está decisivamente condicionado por las interpretaciones previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal»⁴⁷². Por su parte, el método interpretativo/subsuntivo operaría del siguiente modo: «el juez delimita y precisa los hechos, configurando así los perfiles definitivos del caso que será enjuiciado y, al tiempo, precisa, concreta, los significados correlativos de (los enunciados de) N1 y N2, de modo que l[o]s hace

⁴⁷⁰ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 332.

Martínez-Pujalte tiene una opinión similar: «[P]ara determinar el contenido de los derechos fundamentales no es preciso efectuar ponderación alguna de bienes, ni entender como parte de dicho contenido otros bienes jurídicos que supuestamente revisten rango igual o superior, y en consecuencia limitan ese contenido. El principio de unidad de la Constitución y el consiguiente requerimiento de interpretación sistemática de los derechos fundamentales no obligan a llevar a cabo tal ponderación, ni a convertir en límites internos de los derechos lo que en realidad no son sino restricciones externas fundadas desde otros bienes jurídicos, a los que se les otorga una supuesta posición superior; prohíbe, tan solo, una interpretación aislada de cada derecho fundamental –y de la norma constitucional en que se reconoce– que lo convierta en contradictorio con otras normas constitucionales o que vacíe de contenido a éstas últimas» (cfr. Martínez-Pujalte, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 68, nota 43; en la misma idea se insiste en la p. 134).

⁴⁷¹ Cfr. Mendonça, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, ob. cit., p. 59 y ss.

⁴⁷² Cfr. García Amado, J. A., «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, ob. cit., p. 252.

compatibles *para el caso*. ¿De qué forma? De modo tal que, así precisada, la referencia de (los enunciados de) N1 y N2, [a]l caso, también precisado (...), ya solo se muestra subsumible bajo N1 o N2, nunca bajo las dos, así interpretadas»⁴⁷³

Lo expuesto no significa –enfatisa García Amado– que el método interpretativo/subsuntivo se encuentre exento de valoraciones:

«[N]o quiero decir, para nada, que el tipo de razonamiento interpretativo/subsuntivo sea automático, evidente y ni siquiera sencillo. Tampoco que no tenga una base valorativa, con la consiguiente necesidad de argumentar, buscando la mayor convicción posible, aunque sea siempre inalcanzable la plena demostración. Solo quiero decir que es un proceder menos engañoso que el ponderativo. Del razonamiento interpretativo/subsuntivo hace tiempo que la doctrina conoce perfectamente sus límites y sabe que no es posible en él una perfecta racionalidad y objetividad. En cambio, al aplicar los esquemas de la ponderación los Tribunales pretenden hacer uso de un método más seguro y objetivo. Pero, en realidad, las cosas suceden al contrario»⁴⁷⁴.

Así, en definitiva, quienes juzgan que no cabe la ponderación entre normas, es porque asumen que, con todo lo problemático que puede ser desentrañar el sentido prescriptivo de un precepto jurídico en un caso específico, se trata de un precepto de propiedades cerradas y no abiertas. Por consiguiente, desde esta perspectiva, no existe derrotabilidad jurídica posible.

Existen, sin embargo, autores que a pesar de defender la tesis de los límites internos, incluyen a la ponderación como uno de los métodos que permite determinar el contenido de los derechos. Se trata, no obstante, de una ponderación que supuestamente recaería solo sobre las circunstancias del caso, no sobre las normas. Así, por ejemplo, Castillo Córdova, luego de incidir en que la determinación del contenido de los derechos pasa por una interpretación del texto de las normas constitucionales, el análisis de su finalidad y de su sistemática con otras normas constitucionales, y la observancia de lo dispuesto por las normas de desarrollo del derecho y la jurisprudencia pertinente de los tribunales (principalmente, los de más alto rango), refiere que tal delimitación solo termina de realizarse teniendo en cuenta «las específicas circunstancias de los casos concretos», y que «[a] este nivel de las circunstancias concretas sirven procedimientos y técnicas interpretativas como la ponderación (y el consecuente principio de proporcionalidad), que se emplearán *no para sopesar derechos (...), sino para ponderar las concretas circunstancias que*

⁴⁷³ Cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», en: M. Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, ob. cit., p. 246. La cursiva es del original

⁴⁷⁴ Cfr. García Amado, J. A., «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, ob. cit., p. 291.

definen el caso que se intenta resolver. Pero se sopesarán las circunstancias, no para concluir la preferencia de una libertad o de un derecho sobre otro derecho fundamental, de modo que se formule una jerarquía de derechos concreta –en oposición a la abstracta y general–, sino para definir en el caso concreto los particulares alcances o contornos del derecho invocado»⁴⁷⁵.

Empero, afirmar que en la delimitación de los alcances del contenido normativo de los derechos puede ingresar la ponderación, pero no una ponderación de las respectivas normas *prima facie* aplicables, sino solo de las *puras* circunstancias del caso, es tanto como afirmar que de los hechos, sin más, pueden derivarse consecuencias normativas.

Conviene aclarar que esta manera de presentar la relevancia jurídica de lo fáctico, es distinta de la interpretación bidireccional que aquí se defiende. En esta debe justificarse cómo las normas jurídicas condicionan la relevancia de los hechos cuyo estudio permite apreciar la existencia de propiedades implícitas en las referidas normas que determinan su aplicación o inaplicación. En otras palabras, son los hechos los que permiten hacer explícitas las referidas propiedades, pero es preciso motivar de forma razonable por qué en efecto dichas propiedades se encuentran contenidas en las referidas normas. Los hechos animan la pregunta en torno a la existencia o no de dichas propiedades, pero la justificación de su efectiva existencia solo se desenvuelve en el plano del ordenamiento. En consecuencia, inevitablemente, desde esta perspectiva, la ponderación de hechos es, en realidad, la ponderación de la relevancia para el caso de determinadas propiedades residentes (implícita o explícitamente) en las normas jurídicas. Se trata pues de una ponderación normativa. Contrariamente, la ponderación que propone Castillo es una pura ponderación fáctica, en la que supuestamente no se ven involucrados los derechos, y por ende, tampoco las normas que los reconocen. Por lo que su propuesta implicaría la aceptación de que es posible extraer consecuencias normativas de los hechos; implicaría aceptar la fuerza normativa de lo fáctico.

Para evitar esta problemática consecuencia, L. Castillo solo parece tener dos salidas: o excluir la ponderación de su propuesta y alinearse sin más con las posiciones de De Otto, Habermas o Müller, o aceptar que la ponderación a la que alude es, en última instancia, una ponderación normativa, con lo que, para terminar de ser coherente, debería abandonar la tesis de la teoría interna, y sumarse a quienes defienden la viabilidad de la ponderación razonable de normas. Es justamente esta viabilidad la que a continuación se analiza.

⁴⁷⁵ Cfr. Castillo, L., «¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?», ob. cit., p. 120. La cursiva es agregada.

2. La visión conflictivista de las normas jurídicas y su relación con la ponderación.

Al otro lado de la orilla se han situado autores que no encuentran recelo en aceptar que las normas, a veces, de manera inevitable, deben ingresar a ser objeto de un juicio de ponderación, y que, por consiguiente, una debe resultar derrotada en el caso, sin que ello signifique que haya perdido validez. Entre ellos se encuentran tanto los defensores de la tesis fuerte como los defensores de la tesis débil de la separación conceptual entre principios y reglas, aunque, claro está, cada uno desde su particular perspectiva.

No cabe duda de que existen casos judiciales que son presentados por las partes como una supuesta confrontación entre normas, pero en los que esta no existe, pues en alguna de las posiciones subyace una pretensión que llanamente no se encuentra protegida por el sistema jurídico. Es el caso –para escoger un ejemplo al que con relativa continuidad se acude y que no suele despertar polémica– del erróneo entendimiento de que el insulto pueda encontrarse amparado por el ejercicio de la libertad de expresión. Advertir este equívoco, desde luego, no requerirá ponderación de ningún tipo. Para ello deberá analizarse el *telos* de la referida libertad fundamental y determinar si el contenido de lo expresado puede o no ser convencionalmente entendido como un insulto. Es posible, desde luego, que la tarea no sea sencilla y se requiera alguna valoración, pero ello es distinto a sostener que en el caso será necesaria alguna ponderación, o que para llegar a la solución será necesario asumir la derrotabilidad de alguna disposición

Existen, no obstante, otros supuestos en los que el conflicto normativo parece resultar inevitable. Se trata de supuestos en los que del análisis aislado de las normas deriva la posibilidad de que una misma conducta se encuentre amparada por una, y rechazada por otra.

Por ejemplo, durante la década de los 90s., como se sabe, el Perú tuvo que afrontar un fenómeno terrorista singularmente grave protagonizado, fundamentalmente, por los grupos autodenominados *Sendero Luminoso* (SL) y *Movimiento Revolucionario Túpac Amaru* (MRTA). Para combatirlos se dictaron una serie de normas incompatibles con la Constitución; entre ellas, la previsión legal de los denominados jueces *sin rostro*, es decir, la institucionalización de un mecanismo que hacía secreta la identidad de quienes juzgaban a las personas acusadas de terrorismo

y de los fiscales que planteaban la acusación⁴⁷⁶. Como es sencillo de entender, una regla semejante que tiene como objetivo proteger la integridad personal de las personas encargadas de administrar justicia, vacía totalmente de contenido el derecho fundamental a un juez natural, independiente e imparcial, por el sencillo motivo de que ni siquiera es posible conocer si quien me juzga, en efecto, ejerce jurisdicción. Algunos cientos de personas fueron condenadas a través de sentencias firmes en procesos en los que se aplicó la referida regla procesal.

Imagínese que 20 de dichas personas conocidas públicamente por su declarada pertenencia a SL, hubiesen presentado una demanda de *habeas corpus* solicitando la nulidad de sus condenas por violación del debido proceso. De acuerdo al artículo 1º del Código Procesal Constitucional, la finalidad del proceso de *habeas corpus* es reponer «las cosas al estado anterior a la violación (...) de un derecho constitucional». Por consiguiente, si el juez constitucional estimara la pretensión por violación al debido proceso, la consecuencia sería la nulidad de la totalidad del proceso y, por supuesto, de la sentencia condenatoria. Es decir, la consecuencia de dicho razonamiento genera la inmediata puesta en libertad de estas 20 personas, pues habría decaído el mérito jurídico para privarlas de ella. Ponerlas en libertad, ¿afectaría la seguridad personal de la sociedad peruana? Un no conflictivista obviamente tendría que sostener que no. Y si el juez constitucional no les concediera la libertad en aras de resguardar la seguridad personal, dicha decisión, ¿afectaría el derecho al debido proceso y a la libertad de los demandantes? Un no conflictivista tendría nuevamente que afirmar que no.

En ambos casos, por decir lo menos, la respuesta resulta contraintuitiva⁴⁷⁷. No parece requerirse demasiado esfuerzo argumentativo para sostener que forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la seguridad personal que el Estado adopte las medidas necesarias para que personas confesamente terroristas no se encuentren en libertad. Y tampoco para sostener que forma parte del contenido constitucionalmente de los derechos al debido proceso y a la libertad personal, el no ser condenado a pena privativa de libertad por una persona cuya identidad es

⁴⁷⁶ Disponía lo siguiente el artículo 15º del Decreto Ley N.º 25475: «La identidad de los Magistrados y los miembros del Ministerio Público así como la de los Auxiliares de Justicia que intervienen en el juzgamiento de los delitos de terrorismo será SECRETA, para lo cual se adoptarán las disposiciones que garanticen dicha medida. Las resoluciones judiciales no llevarán firmas ni rúbricas de los Magistrados intervinientes, ni de los Auxiliares de Justicia. Para este efecto, se utilizarán códigos y claves que igualmente se mantendrán en secreto».

⁴⁷⁷ Tal como sostiene G. Pino, «el balance destaca una característica ineliminable de los derechos y principios constitucionales cual es que los derechos no viven aislados, sino que se encuentran en una situación de continua interacción potencialmente conflictiva. El balance estimula una aproximación no “atomista”, sino (moderadamente) “holística” a los derechos que evidencia la continuidad, los solapamientos, las interacciones y los conflictos entre derechos» (cfr. Pino, G., «Conflicto y balance entre derechos fundamentales. Un mapa de problemas», en: *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, traducción de F. Morales y P. Luque, Palestra, Lima, 2013, pp. 226 – 227).

desconocida. Así, cualquiera de las dos decisiones limita el contenido constitucionalmente protegido de un derecho.

Quizá por ello en casos así a veces resulta conveniente decantarse por una tercera alternativa. En la realidad, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional peruano tuvo que pronunciarse en un proceso de inconstitucionalidad sobre las reglas procesales que se dictaron para los procesos a personas acusadas de terrorismo, si bien consideró muchas de esas reglas inconstitucionales, no declaró de inmediato la nulidad de los procesos⁴⁷⁸. Le dio un breve, pero razonable plazo al Parlamento para que dicte las reglas procesales que suplan a las declaradas inconstitucionales y que permitan encausar los procesos nulos hacia los nuevos, permitiéndose, eventualmente, que declarada la nulidad de un proceso inmediatamente se dicte una medida de prisión preventiva que impida la libertad de aquellos sobre los que pesen elementos probatorios más nítidos y se encuentre presente el peligro de fuga o el riesgo de perturbación de la actividad probatoria.

La decisión parece razonable, pues no pone en riesgo el derecho a la seguridad personal, protege el derecho al debido proceso y no limita irrazonablemente el derecho a la libertad personal. Sin embargo, si un no conflictivista conviene con la razonabilidad de la decisión, tendría que sostener que ella no limita el derecho a la libertad personal de los procesados, pues ella la *delimita* adecuadamente. Nuevamente, un juicio, en el mejor de los casos, contraintuitivo.

Y, por supuesto, un no conflictivista tendría que reconocer que la delimitación del derecho muta en cada caso, mientras que para alguien que acepte que los principios pueden ingresar en conflicto, lo que muta es el peso relativo de cada derecho. Imagínese que el hábeas corpus que se introdujo como ejemplo no lo hubiesen interpuesto 20 personas, muchas de las cuales en algún momento se habían declarado pertenecientes a SL, sino una sola persona también conocida por su pertenencia que se había entregado y se había acogido a la confesión sincera. Desde el no conflictivismo se sostendría, probablemente, que, en ese caso, decidir su libertad no afecta la seguridad personal. El conflictivista diría, simplemente, que el caso muestra que este principio, siendo relevante, ha adquirido menos peso en la argumentación. Y si el hábeas corpus lo hubiese interpuesto Abimael Guzmán, líder de SL, el no conflictivista, probablemente, se vería en la obligación de afirmar que mantenerlo privado de libertad (paradójicamente) no afecta su derecho a la libertad personal, mientras que el conflictivista afirmaría llanamente que en el caso el peso de la seguridad personal se ha incrementado.

⁴⁷⁸ Cfr. STC 0010-2002-PI.

Ello significa entonces que la supuesta delimitación del contenido de las normas nunca podrá ser terminada. Ello parece tener que llevar a reconocer que sus propiedades, por consiguiente, no son cerradas sino abiertas. Y si ello es así, no se entiende en qué medida los derechos –y los ámbitos normativos, en general– pueden ser absolutos, limitados e ilimitables⁴⁷⁹. Y menos aún se entiende cómo puede ser posible advertir la solución de ciertos casos complejos sin ponderar la fuerza de las razones que derivan de las normas *prima facie* aplicables. En definitiva, la teoría interna encierra un falso artificialismo que se hace bastante evidente una vez que trata de ser llevado a la práctica⁴⁸⁰.

Parece ser que la única manera de *cerrar* normativamente un caso es reconociendo que su solución siempre queda *abierta* frente a uno nuevo; lo que es tanto como decir que el debate normativo queda definitivamente cerrado cuando el ordenamiento reconoce que nunca queda cerrado definitivamente.

De esta manera, Alexy lleva razón cuando en su crítica a F. Müller, y por consiguiente, a la teoría interna por él representada que fue tratada en el capítulo anterior, señala que su problema es que se trata «de una teoría restringida del supuesto de hecho»⁴⁸¹. En relación con la conclusión señalada en el párrafo anterior, Alexy diría que se trata de una conclusión que «hace expresa referencia al juego de argumento y contraargumento que los criterios de Müller ocultan (...). Para que este juego pueda intervenir y se pueda comenzar a determinar racionalmente cuáles son las restricciones definitivas, debe mantenerse una concepción amplia del supuesto de hecho»⁴⁸², lo que es tanto como afirmar que debe partirse de la premisa de que las propiedades de las normas *iusfundamentales* pueden parcialmente superponerse, lo que justamente niega la teoría interna.

Ahora bien, si lo que pretenden sostener los detractores de la ponderación y de la derrotabilidad jurídica es que *al final* cada caso judicial merecerá una solución *definitiva* que deberá encuadrarse en una regla cerrada interpretativamente derivada del ordenamiento, pues ello resulta más que evidente. Y es que resulta que, contra lo

⁴⁷⁹ Aquí es sumamente pertinente traer a colación un pensamiento de Bobbio: «En la mayor parte de las situaciones en las que está en cuestión un derecho humano ocurre en cambio que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan y no se puede proteger uno incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. En estos casos, que son la mayor parte, se debe hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental pero concurrente. Y puesto que es difícil de establecer y siempre es materia opinable cuál es el punto en que uno termina y comienza el otro, la delimitación del ámbito de un derecho fundamental del hombre es extremadamente variable y no puede ser de una vez para siempre establecida» (cfr. Bobbio, N., «Presente y porvenir de los derechos humanos, en: *El tiempo de los derechos*, traducción de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991, p. 80).

⁴⁸⁰ Sobre la artificialidad de la teoría de los límites internos ha llamado la atención García Figueroa (cfr. García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales en el concepto de Derecho», ob. cit., pp. 208 – 209).

⁴⁸¹ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 270 y ss.

⁴⁸² Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 270.

que suele afirmarse, ponderación y subsunción no son figuras incompatibles, sino complementarias. La ponderación es justamente un mecanismo para extraer de las normas *prima facie* aplicables una regla en la que quede subsumido el caso. Esto es lo que pretende resaltar Alexy con la ya aludida *ley de la colisión*, conforme a la cual, como se mencionó en el capítulo anterior «las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente».

La relación de mutua dependencia entre ponderación y subsunción ha sido explicada por Prieto de forma muy clara:

«En primer lugar, el paso previo a toda ponderación consiste en constatar que en el caso examinado resultan relevantes o aplicables dos normas en pugna. Es decir, que antes de ponderar es preciso “subsumir”, comprobar que el caso se halla incluido en el campo de aplicación de las dos normas. Problema distinto es que, a veces, esas normas presenten una estructura que haga difícil la subsunción, y que ésta requiera alguna valoración. (...). Pero si *antes* de ponderar es preciso de alguna manera subsumir (...), *después* de ponderar creo que aparece de nuevo, y con mayor fuerza, la exigencia de subsunción. Y ello es así porque la ponderación se endereza a la formulación de la premisa mayor del razonamiento subsuntivo (...). La ponderación se configura, pues, como un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso y la construcción de una regla para regular en definitiva ese caso»⁴⁸³.

De esta manera, la subsunción en modo alguno podría encontrarse reñida con la ponderación, pues «[t]odo proceso de decisión judicial termina con esta fase, que durante mucho tiempo sirvió para caracterizar la labor judicial»⁴⁸⁴. Y porque la subsunción es también protagonista del razonamiento jurídico, Alchourrón y Bulygin aciertan cuando afirman que «aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es –o más bien, puede ser– reconstruido como una inferencia deductiva»⁴⁸⁵. En definitiva,

⁴⁸³ Cfr. Prieto, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, ob. cit., pp. 149 – 150. La cursiva es agregada. La misma idea había sido ya planteada por el autor en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 193 y ss.

Que la ponderación es un mecanismo para la configuración de reglas que permitan subsumir casos individuales, es algo que ha sido destacado también por Atienza y Ruiz Manero (cfr. Atienza, M. y Ruiz Manero, J., «Rules and principles revisited, en: *Associations*, N.º 4, 2000, pp. 147 – 156), Moreso (cfr. Moreso, J. J., «Conflicto entre principios constitucionales», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pp. 99 y ss.), Bayón (cfr. Bayón, J. C., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», ob. cit., p. 56), entre otros.

⁴⁸⁴ Cfr. Asís, R de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 104.

⁴⁸⁵ Cfr. Alchourrón, C. y Bulygin, E., «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en: *Análisis lógico y Derecho*, ob. cit., p. 304.

hay que coincidir con García Figueroa cuando afirma que «la subsunción es el ideal de la ponderación y la ponderación la realidad de la subsunción»⁴⁸⁶.

Pero debe quedar claro que la completitud de las propiedades de la regla definitiva determinada por medio de la ponderación solo tiene virtualidad para el caso individual referido. Serán propiedades exhaustivas y concluyentes para tal caso, pero son solo contribuyentes para cualquier caso futuro que cumpla con las mismas propiedades, pues nada impide que a este acompañe, cuando menos, una propiedad adicional que exceptúe la aplicación de la referida regla.

De otro lado, a diferencia de aquéllos que creen que la realidad y la práctica de las normas jurídicas son no conflictivas o (lo que es lo mismo) que entre los valores reconocidos jurídicamente se pueden establecer jerarquías definitivas en abstracto, quienes defienden lo contrario⁴⁸⁷, asumen, a su vez, que la ponderación normativa resulta más compatible la pluralidad de valores reconocidos en las constituciones de los Estados Constitucionales. En estos escenarios, la realidad normativa de la Constitución es heterogénea –propia de una sociedad plural–, aunque el camino que recorre dicha heterogeneidad pretende alcanzar el consenso⁴⁸⁸.

Justamente, porque el valor material último de los Estados Constitucionales es la defensa de la dignidad humana, y esta acepta que los seres humanos cobijen diversas concepciones acerca del bien, este pluralismo de pensamiento no solo se extiende hacia los valores concernientes a la ética privada, sino que inevitablemente se expande hacia los valores que conforman la ética pública contenidos esencialmente en las normas que reconocen los derechos fundamentales. Este escenario necesariamente lleva a un construccionismo deliberativo acerca del sentido normativo de los derechos. Qué duda cabe, un escenario que guarda mayor comunión con un método de razonamiento como la ponderación, que con uno que parte de la premisa de una supuesta armonía normativa plena.

No se trata pues de un pluralismo solo en sentido sociológico o descriptivo, sino de un pluralismo normativo. Tal como escribe Prieto, «la conservación íntegra de la Constitución exige ponderar porque solo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una

⁴⁸⁶ Cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 199.

⁴⁸⁷ Mendonca es muy enfático en señalar que «resulta inaceptable un orden abstracto de derechos, sea éste cardinal u ordinal» (cfr. Mendonca, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, ob. cit., p. 67).

⁴⁸⁸ De ahí que «los principios no se estructuran según una “jerarquía de valores”. Si así fuese, se produciría una incompatibilidad con el carácter pluralista de la sociedad, algo inconcebible en las condiciones constitucionales materiales de la actualidad. En caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora “tiranía del valor” esencialmente destructiva. (...). La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación» (cfr. Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, ob. cit., pp. 124 – 125).

sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución»⁴⁸⁹.

Así, en el caso de los Estados Constitucionales, una cosa es sostener que siendo la defensa de la dignidad humana el valor último del sistema, de su sentido más esencial, puedan derivar algunas reglas cerradas, tales como la regla derivada de la autonomía y la derivada de la erradicación del sufrimiento; y otra, muy distinta, sostener que todas las normas derivadas de la dignidad humana que reconocen derechos fundamentales son absolutas e ilimitables. Más allá de la esencia de la dignidad, justamente, por el valor de la autonomía que deriva de ella, se abre un espectro de sana y plural confrontación de ideales que impide entender el sistema de derechos como un catálogo de prescripciones perfectamente definidas.

La Constitución del constitucionalismo es un programa abierto de valores no estacionado en el momento constituyente, pues no pretende condenar a las generaciones futuras a partir de la conciencia social de la generación presente⁴⁹⁰. Recoge una moral abierta (aunque no neutral) que queda expuesta en el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona. De este modo, se desemboca en los derechos como manifestaciones de lo que Aguiló ha denominado «acuerdos incompletamente teorizados», cuya virtud es alcanzar tal acuerdo allí donde es necesario, y postergarlo allí donde es particularmente conflictivo, situándose en el primer plano «el consenso básico a partir del cual puede construirse una práctica jurídico-política centralmente discursiva o deliberativa»⁴⁹¹.

Con ello, a su vez, se alcanza un sistema constitucional abierto tanto en sus teorías y doctrinas, como en sus interpretaciones e intérpretes, sobre todo, en lo que a los derechos fundamentales se refiere⁴⁹². Si los derechos expresan normativamente un pluralismo, ¿cómo negar la posibilidad de que un mismo hecho pueda encontrar *prima facie* cobijo en más de una norma constitucional? En un escenario tal, «casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria»⁴⁹³. Y si ello es así, las normas constitucionales como objeto a interpretar son

⁴⁸⁹ Cfr. Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», ob. cit., p. 61.

⁴⁹⁰ Tal como ha señalado Aguiló, «[l]a síntesis armónica entre quienes se dieron una constitución (los muertos) y quienes están sometidos a ella (los vivos) suele expresarse en la idea de “continuidad de una práctica” que permita eliminar los términos indeseables del sometimiento al pasado y de la ausencia de garantía de los derechos (de estabilización de las expectativas relativas a los derechos)» (cfr. Aguiló, J., «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», en: *Doxa*, N.º 26, 2003, p. 294).

⁴⁹¹ Cfr. Aguiló, J., «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», ob. cit., p. 311 y ss.

⁴⁹² Cfr. Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, E. Mikunda (ed.), Tecnos, Madrid, p. 103. También cfr. Pérez Luño, A. E., «La metamorfosis del sistema de derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico», en: J. A. Ramos y M. A. Rodilla (editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, ob. cit., pp. 641 - 643.

⁴⁹³ Cfr. Prieto, L., «El constitucionalismo de los derechos», ob. cit., p. 219.

potencialmente conflictivas, por lo que la dilucidación del trance requiere un método que se condiga con el objeto: la metodología interpretativa y argumentativa que recae sobre las normas jurídicas debe condecirse con su realidad conflictiva (en el sentido de pluralidad de ideologías posibles), mientras que solo los fines de dicha metodología deben condecirse con el ideal de coherencia del ordenamiento, es decir, con la búsqueda de armonización de las normas. Ese método es la ponderación.

3. Las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral.

Ahora bien, como en su momento se enfatizó, la derrotabilidad jurídica derivada de la ponderación entre normas, es consecuencia de la acción de la moral sustantiva incorporada en el Derecho. Dicha moral fundamental legalizada genera que las normas jurídicas deban ser analizadas como razones *prima facie*, tal como sucede, por ejemplo, con los deberes morales, según lo advirtió W. Ross, tal como se apreció en el primer capítulo. Esto alimenta la idea de que la moral sustantiva legalizada provoca que el razonamiento jurídico práctico actúe como una forma de razonamiento moral. ¿Significa ello que no existen diferencias entre el puro razonamiento moral y el razonamiento jurídico? No. Si así fuese, sencillamente, no habría manera de diferenciar el Derecho de la moral.

Tal como han razonado Moreso, Navarro y Redondo, «el hecho de que las normas jurídicas funcionen de manera similar a las normas morales en el razonamiento de los sujetos no prueba que no existan diferencias entre ambos tipos de normas (...). Si se admite que un enunciado funciona como una norma moral porque la aceptación del mismo obedece a razones morales, cabe señalar que no por ello el enunciado se convierte en una norma moral. El carácter del enunciado no debe confundirse con el carácter de las razones en las que se apoya su aceptación»⁴⁹⁴.

El problema entonces reside en determinar cuáles serían las diferencias entre una deliberación moral pura y aquélla que se desenvuelve dentro de las fronteras del Derecho. Hare incurre en un importante error cuando considera factible la posibilidad de alcanzar un conjunto de «normas fuertes» (reglas) en el nivel crítico de la deliberación moral. Entiende que en dicho nivel es posible arribar a normas morales genéricas extraordinariamente complejas y específicas, capaces de tomar en cuenta todas las excepciones moralmente significativas, y que podrían regir, por ende, todos

⁴⁹⁴ Cfr. Moreso, J., Navarro, P. y Redondo, C., «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en: *Doxa*, N.º 11, 1992, pp. 250 – 251.

los casos individuales⁴⁹⁵. La absoluta carencia de institucionalidad que caracteriza al razonamiento moral en su estado de pureza impide esta posibilidad. Tal como sostiene Bayón, creer que en el plano de la deliberación estrictamente moral se puede alcanzar siquiera alguna regla con las características sugeridas por Hare, es decir, entendiéndola «como una regla “fuerte”, y no como una “regla probabilística” que a pesar de ser altamente compleja sigue incluyendo una cláusula *ceteris paribus*, supondría renunciar de antemano a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales (...) del caso concreto, renuncia que, en materia de deliberación moral, creo que puede ser considerada sin vacilación como una forma de irracionalidad»⁴⁹⁶.

Ahora bien, es correcto asumir que la inserción de una moral sustantiva en el Derecho genera que el razonamiento jurídico práctico afronte muchas de las mismas dificultades que afronta el razonamiento práctico moral, una de las cuales es la imposibilidad de anticipar de modo concluyente las soluciones concretas a las que pueden arribar sus postulados abstractos. Esto se hace más evidente mientras mayor sea la materialización del ordenamiento, tal como sucede en los Estados Constitucionales. De ahí que se haya afirmado con razón que en tales escenarios «la posición de un sujeto llamado a dirimir un conflicto entre principios morales no es muy distinta a la del juez llamado a dirimir ese mismo conflicto entre principios jurídicos; tan solo cabría decir que la argumentación del juez se muestra más formalizada y padece algunas restricciones institucionales pero no que es sustancialmente distinta»⁴⁹⁷.

Pero la clave de la diferencia está, justamente, en esa necesaria formalización e institucionalización del discurso jurídico de las que habla Prieto, y que ciertamente, a pesar de lo que parece sugerir el profesor español, no parecen ser cuestiones menores.

C. Redondo considera, por ejemplo, que un modelo de seguimiento de reglas (que es lo que, desde su perspectiva, pretende ser el Derecho), a diferencia de un modelo de seguimiento de principios morales, obliga a renunciar a considerar todas las cosas (*all things considered*) antes de solucionar un caso. Entiende que el análisis de todas las razones es aconsejado por el valor de la racionalidad, pero afirma que este

⁴⁹⁵ Cfr. Hare, R., *Moral thinking. Its levels, method and points*, Clarendon Press, Oxford, 1981, pp. 40 – 41. Una crítica al planteamiento de Hare puede verse en Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 125 y ss.

⁴⁹⁶ Cfr. Bayón, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 349. Y continúa: «Un sujeto acepta o reconoce un conjunto de razones morales para actuar, pero ese conjunto es abierto y dinámico: a medida que se enjuician situaciones nuevas se restringe o reformula el alcance de las razones previamente aceptadas, en un proceso constructivo de reelaboración y matización que se extiende a lo largo del tiempo y que es difícil imaginar que pueda llegar a completarse en sentido estricto» (p. 350). En similar sentido, cfr. Lucas, J., *On justice*, Clarendon Press, Oxford, 1980, p. 43, y también Lucas, J. de y Añón, M. J., «Necesidades, razones, derechos», en: *Doxa*, N.º 7, 1990, p. 71.

⁴⁹⁷ Cfr. Prieto, L. «La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas», en: J. Betegón (*et al.*), *Lecciones de Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 357.

valor no es siempre concluyente cuando debe enfrentarse a otros valores como la confianza, la estabilidad, la equidad, etc., que son valores promovidos por un modelo de decisión basado en reglas. En tal sentido, afirma que «es perfectamente posible decidir racionalmente, i. e. mediante un procedimiento que considera todas las cosas, que en ciertas circunstancias está justificado no decidir racionalmente, i. e. no adoptando un modelo que promueva el valor de la racionalidad»⁴⁹⁸.

La posición busca acentuar la importancia de la institucionalidad del Derecho, y consecuentemente, del discurso jurídico, propósito que se comparte. No obstante, lo hace bajo argumentos discutibles. En primer lugar, para arribar a la conclusión de que a veces es necesario no considerar determinadas razones para no perjudicar la certeza del Derecho, ha sido necesario, como ella misma reconoce, considerar todas las razones relevantes. En otras palabras, la conclusión a la que arriba su razonamiento es que es incorrecta la premisa de la que parte ese mismo razonamiento⁴⁹⁹.

En segundo lugar, defender los valores institucionales del Derecho no requiere asumir –como hace Redondo– que la aspiración del Derecho sea ser un modelo de seguimiento de reglas. Si las reglas se siguen con el objeto de alcanzar ciertos fines, y estos fines podrían ser catalogados como principios, es más exacto afirmar que el Derecho pretende ser un modelo de seguimiento de reglas y principios.

En tercer lugar, y con prescindencia de si la renuncia a la consideración de todas las cosas para solucionar un caso está reñida con la racionalidad (cuestión que podría ponerse en duda), lo cierto es que el razonamiento jurídico, en efecto, está obligado a esta renuncia, pero no solo porque en él se incorporan principios institucionales como la confianza o la estabilidad (los cuales, como se verá en el siguiente capítulo, en determinados casos, en efecto, pueden ser concluyentes), sino también porque un sistema jurídico obliga a no tomar cualquier razón moral sustantiva, como una razón jurídica. Para que esta última, en efecto, sea *jurídica*, tiene que ser conforme con los principios sustantivos que efectivamente forman parte del Derecho.

En consecuencia, el enfoque correcto acerca de las diferencias entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral no institucionalizado, toma en cuenta, en primer lugar, que una vez que la moral se *legaliza*, excluye muchas razones morales sustantivas de la deliberación jurídica, pues solo pueden ser consideradas aquellas que resulten compatibles con dicha moral legalizada. Por supuesto, que ello

⁴⁹⁸ Cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 263.

⁴⁹⁹ Es cierto que Redondo advierte expresamente este problema, pero pretende solucionarlo sencillamente señalando que su razonamiento es un «meta razonamiento», es decir, un razonamiento que «no se refiere a sí mismo» (cfr. Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», ob. cit., p. 263, nota 41), con lo cual su planteamiento no termina de ser convincente.

no excluye la posibilidad de derrotabilidad jurídica, pero sí excluye que *de iure* la derrotabilidad normativa se pueda producir por cualquier razón moral. Es más, como en su momento de mencionó, si el concreto sistema jurídico de que se trate contiene más de un valor último, la derrotabilidad jurídica será omnicompreensiva de las normas del sistema, pero ello tampoco significará que *de iure* dicha derrotabilidad pueda producirse por cualquier razón moral, pues esta deberá ser compatible con los valores morales últimos incorporados al sistema jurídico.

En el caso de los Estados Constitucionales, lo dicho se traduce en que la institucionalización jurídica de la moral, excluye como razón moral aquella que, todas las cosas *jurídicas* consideradas, en definitiva, resulte incompatible con la dignidad de la persona humana. Pero se traduce además en algo aún más importante. La institucionalidad jurídica del Estado Constitucional exige asumir que la moral legalizada prohíbe que cuando menos dos reglas se encuentren sometidas a deliberación. Se trata de la regla derivada de la autonomía y la derivada de la erradicación del sufrimiento, desarrolladas en el capítulo 2. Por ser ambas reglas instancias perfectas de la dignidad humana jurídicamente reconocida como valor último, son inderrotables, y no aceptan la aserción «a menos que» propia de deliberación moral pura.

En segundo lugar, la otra diferencia entre el razonamiento jurídico y el razonamiento moral, es que en el primero, a diferencia del segundo, deben tomarse en consideración los rasgos inherentes al Derecho. Si el Derecho tiene como uno de sus objetivos la regulación *ex ante facto* de la conducta humana, los valores de la certeza y de la predecibilidad le son consustanciales. Estos factores aconsejan un respeto particular por las normas semánticamente claras, es decir, por las reglas. Características de la moral interna del Derecho defendida por L. Fuller⁵⁰⁰, según se vio en el capítulo 2.

Siendo ello así, algunos autores han planteado que lo ideal en el ámbito del razonamiento jurídico es que en caso de confrontación entre principios y reglas, sean estas las que se impongan. Es decir, postulan un sometimiento de la moral sustantiva del Derecho frente a los rasgos formales de este, en aquellos casos en los que se encuentren enfrentados. Es bajo esa óptica que cobra sentido el entendimiento de las normas jurídicas como razones atrincheradas, excluyentes, opacas, autorreferenciales, con autonomía semántica, etc. Se trata de posiciones que no solo plantean que el razonamiento jurídico es distinto que el razonamiento moral no institucionalizado, sino que consideran que si los principios formales del Derecho –

⁵⁰⁰ Cfr. Fuller, L., *La moral en el Derecho*, ob. cit., p. 51 y ss.

entiéndase su certeza y predictibilidad, puestas en vigencia al aplicar una regla a un caso claramente subsumible en ella—, se encuentran en confrontación con la moral sustantiva legalizada —entiéndase los principios sustantivos indeterminados incorporados al Derecho—, los primeros deben imponerse. Sobre estas posiciones versa el siguiente apartado.

4. Las normas jurídicas como razones atrincheradas o excluyentes.

Una manera interesante de enfocar el conflicto entre los rasgos inherentes del Derecho (o su moral formal) y la moral sustantiva juridificada, puede ser recogiendo la diferenciación que F. Schauer realiza entre un modelo conversacional y un modelo de atrincheramiento. Para efectuar tal diferenciación Schauer enfatiza que las reglas jurídicas son generalizaciones que se justifican en base a ciertas razones subyacentes. Estas razones se identifican con los móviles que sirvieron de base a la expedición de la regla, no obstante lo cual cada regla puede ser identificada en sus propiedades con independencia de las razones subyacentes que justificaron su expedición. En otras palabras, la identificación de la propiedades de una regla puede operar tanto teniendo en cuenta las razones subyacentes a ella como sin tenerlas en cuenta. El primer modelo de identificación es el que denomina conversacional; el segundo recibe el nombre de modelo de atrincheramiento⁵⁰¹.

Un ejemplo muy elemental utilizado por el propio Schauer servirá para clarificar este punto. Imagínese la regla «No se admiten perros» colocada en la puerta de un restaurante, regla que —a juicio del autor— ha sido establecida en razón de que se quiere evitar que aquéllos causen molestias a los clientes. En el preciso instante en el que un cliente con discapacidad visual pretende ingresar al restaurante acompañado de un perro lazarillo (que suelen estar entrenados para ser particularmente educados), surge la duda de si la regla le es aplicable o no. Bajo la perspectiva del modelo conversacional, la justificación actuaría como una propiedad de la regla evitando que sea aplicada a los perros lazarillos. Contrariamente, utilizando el modelo de atrincheramiento, el perro lazarillo no ingresaría al restaurante.

De esta manera, mientras que en un modelo conversacional, las reglas pueden resultar derrotadas frente a sus propósitos o justificaciones, en un modelo de atrincheramiento, las reglas resultan inderrotables. En palabras de Schauer, en el modelo conversacional, «[l]a generalización existente opera meramente como el

⁵⁰¹ Cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, traducción de C. Orunesu y J. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 97 – 112.

indicador derrotable de una realidad más profunda. Resulta más transparente que opaca, y se espera que un decisor que opera de esta forma vea algo más profundo a través de esa generalización transparente cuando se presentan experiencias recalcitrantes»⁵⁰²; mientras que en el modelo de atrincheramiento, «[l]a generalización gobernaría la decisión de acuerdo con sus términos *aun en aquellos casos en los que esa generalización no sirviera a su justificación subyacente*»⁵⁰³.

Evidentemente, siempre se podrá decir que en el modelo conversacional la regla tampoco resulta derrotada pues lo que se hace es descubrir, a partir de una exploración en su justificación, la «verdadera regla»⁵⁰⁴, pero como bien advierte el propio Schauer, esto llevaría a confundir innecesariamente las reglas con sus justificaciones⁵⁰⁵. En efecto, en tal esquema, la regla pasaría a ser su justificación.

Las reglas usualmente soslayan propiedades que su justificación reconocería. Resultan sub o sobre incluyentes en relación con esta. Pero esta sub o sobre inclusión parece ser ineliminable, puesto que, tal como ha advertido Postema, «las reglas logran claridad, certeza y determinación al precio de incluir ya sea más o menos casos en las categorías jurídicas definidas por las reglas de lo que el fundamento subyacente de la regla exige»⁵⁰⁶.

Podría considerarse, sin embargo, que para que las reglas puedan ser coextensivas con su justificación, bastaría con que la regla incluya en sus términos expresamente la justificación que le sirve de base. Así, en el ejemplo anterior, bastaría con que la regla estableciera que «No se permiten animales que puedan causar molestias a los clientes». No obstante, esta consideración soslayaría el hecho de que las justificaciones, a su vez, tienen sus propias justificaciones, con las cuales pueden guardar en determinados casos la misma falta de correspondencia que puede existir entre la regla y su justificación inmediata. Y las relaciones entre las justificaciones y sus propias justificaciones también pueden ser tratadas bajo un modelo conversacional o de atrincheramiento⁵⁰⁷. Así, en el ejemplo que se maneja, el no causar molestias a los clientes que sirve de justificación inmediata a la regla de no permitir el ingreso a los perros, puede estar justificada en el hecho de generar mayores ingresos económicos al negocio. Si ello es así, pueden presentarse supuestos en los que el permitir ingresar algún perro resulte incompatible con la justificación inmediata de la regla –imagínese que se trata de un perro muy inquieto y

⁵⁰² Cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 110.

⁵⁰³ Cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 108. La cursiva es del original.

⁵⁰⁴ Esta es la posición de Dworkin (cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts, 1986, pp. 16 – 17).

⁵⁰⁵ Cfr. Schauer, F. *Las reglas en juego*, ob. cit., p. 110, nota 16.

⁵⁰⁶ Cfr. Postema, G., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 447.

⁵⁰⁷ Cfr. Schauer, F., *Las reglas en juego*, ob. cit., pp. 133 – 136.

sin ningún tipo de entrenamiento—, pero compatible con la justificación que sirve de base a la justificación inmediata de la regla —imagínese que el referido perro pertenece a un millonario que definitivamente dejará ganancias superiores a las que se perderán por los clientes que abandonen el restaurante por las molestias que cause—.

Desde luego, la defensa de un modelo de atrincheramiento pretende dotar al Derecho de un altísimo grado de certeza, mientras que un modelo conversacional hace más difuso el contenido de las normas y su consecuente aplicación, pues en él es necesaria la exploración en justificaciones implícitas (muchas veces nada claras) que solo el intérprete puede hacer explícitas.

El «diálogo» entre las reglas y sus justificaciones, y entre éstas y sus propias justificaciones —que obviamente mucho tiene que ver con lo que clásicamente se ha venido en denominar método teleológico de interpretación— se desenvuelve en un marco de valoraciones, y puede ser repetido incesantemente y llevado hasta puntos insospechados, ingresando en un escenario de fuerte indeterminación⁵⁰⁸. Es esta indeterminación la que ha llevado a algunos autores a optar por concebir el Derecho como un sistema de reglas atrincheradas o autorreferenciales, esto es, con autonomía semántica y sin conexión con sus respectivas justificaciones al momento de determinar si deben o no ser aplicadas. Desde esta perspectiva, las razones derivadas de los términos de una regla, actuarían como razones excluyentes de cualquier otra razón, haciendo de la regla una norma interna y lógicamente inderrotable.

Sin ir más lejos, la postura que transita el libro de Schauer que ha venido analizándose, se inclina hacia una concepción de las reglas bajo un modelo de atrincheramiento. En similar sentido, para J. Raz la mejor forma de aproximarse al carácter práctico de las reglas jurídicas es su entendimiento como razones excluyentes a favor de la acción, es decir, una norma que impide la consideración de otras razones que caen bajo su alcance, y en particular, las que la justifican. Raz refiere lo siguiente: «Las reglas, y en general las normas de mandato, deben poder distinguirse de otras razones, con independencia de que se crea en ellas, se las siga o se las practique (...). [U]na norma de mandato es, o bien una razón excluyente, o bien, más comúnmente, a la vez una razón de primer orden para realizar el acto normativo y una razón excluyente para no actuar por ciertas razones en conflicto»⁵⁰⁹. Y luego afirma: «[L]as personas deben considerar las manifestaciones autoritativas como razones excluyentes, como razones para no actuar sobre la base del balance de

⁵⁰⁸ Con razón refiere Müller que el método teleológico «abarca puntos de vista materiales de la más diversa índole y que no se desprenden, [necesariamente], ni del tenor literal del precepto, ni de sus antecedentes histórico-jurídicos, ni de su génesis o de su posición sistemática» (cfr. Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», ob. cit., pp. 122 – 123).

⁵⁰⁹ Cfr. Raz, J., *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruíz Manero, CEC, Madrid, 1990, p. 66.

razones tal como ellas lo perciben incluso aunque estén en lo correcto. Aceptar una autoridad sobre estos fundamentos no es actuar de forma irracional o arbitraria. La necesidad de una autoridad puede estar bien fundamentada en razones. Pero las razones son de un tipo especial. Establecen la necesidad de considerar las manifestaciones autoritativas como razones excluyentes»⁵¹⁰.

Aunque no lo sostiene expresamente, Habermas pareciera inclinarse a defender un modelo de atrincheramiento. Este autor parte de un rechazo absoluto a la posición del Tribunal Constitucional Federal alemán de conformidad con la cual los derechos fundamentales actuarían como un orden de valores, *máxime* si eso lleva a asimilar el discurso de la interacción de valores con el discurso de la interacción de normas.

La razón de tal rechazo estriba en las esenciales diferencias que existirían entre las normas jurídicas y los valores. Así, a su juicio, mientras las normas tienen un sentido deontológico que obliga a sus destinatarios a practicar determinados comportamientos sin excepción y con una expectativa de generalidad, los valores guardan un sentido teleológico como expresión de preferencias que pueden ser realizadas mediante acciones orientadas a alcanzar determinados fines. Mientras las normas presentan una pretensión binaria de validez, pues o son válidas o no lo son, los valores aceptan una relación gradual de preferencias. Mientras que la validez deontológica de las normas solo puede tener el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal, los valores tienen un sentido relativo tanto en cuanto a las aspiraciones que reflejan como en cuanto al número de personas que pueden compartirlos. Mientras que la pretensión de validez de las normas impide que se contradigan, guardando una relación coherente, la competitividad entre valores les lleva a constituir una configuración flexible y tensa⁵¹¹.

Según Habermas, todas estas diferencias obligarían a que en ningún caso las normas jurídicas puedan ser tratadas como valores, pues ello supondría desvirtuar el sometimiento de las valoraciones sustantivas a los componentes formales inherentes al Derecho, desde el mismo instante en que aquéllas se incorporan a este. En los términos del autor aludido: «Ciertamente, en el derecho penetran también contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de los derechos doméstica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos»⁵¹².

⁵¹⁰ Cfr. Raz, J., *Razón práctica y normas*, ob. cit., p. 73.

⁵¹¹ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., pp. 326 – 329.

Es imposible soslayar el paralelismo existente entre el sentido deontológico de las normas jurídicas y el sentido teleológico de los valores, en el pensamiento de Habermas, con, respectivamente, las razones excluyentes que representan las normas jurídicas, y las razones de fin o justificativas que representan las razones subyacentes a las normas jurídicas, en el pensamiento de autores como Raz y Schauer.

⁵¹² Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., 329. La cursiva es del original.

Evidentemente, estas posiciones no son antojadizas. Se apoyan en considerar que existe una primacía de las razones inherentes a las reglas jurídicas, las cuales, a su vez, provienen de la primacía de ciertos rasgos institucionales y éticos del Derecho que son independientes de la moral sustantiva que este pueda reconocer y que, en última instancia, se imponen al balance de las valoraciones morales que puedan derivar implícitamente de las reglas jurídicas.

Estas razones que emanan de la propia formalidad del Derecho han sido resaltadas por Campbell, a partir de lo que él denomina un «positivismo ético»⁵¹³. De conformidad con la posición de Campbell, de la propia formalidad del Derecho emana una moralidad de singular relevancia y utilidad social. Se trata de una moralidad que asegura que el destino de las personas no dependa ni de la voluntad desnuda de algún poder fáctico, ni de los simples designios de las personas individualmente consideradas, y que está asociada con determinados valores como la predictibilidad, la coordinación, el control de la conducta, la resolución de conflictos, la eficiencia económica, la distribución de poder, la dotación de precondiciones formales para la justicia material, el elemento democrático, entre otros⁵¹⁴. Estos elementos, en caso de conflicto, desplazan a las consideraciones teleológicas subyacentes a las normas, «[p]ues si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidas en el discurso jurídico»⁵¹⁵.

Como se aprecia, el planteamiento de Campbell despierta el interés adicional de estar conectado con principios emanados de la propia dignidad humana, tal como

⁵¹³ Esta expresión de Campbell, aunque idéntica en sus términos a la que a veces utiliza Peces-Barba para referirse a su postura en relación con el positivismo, tiene una significación distinta. Cuando Peces-Barba utiliza esta expresión pretende alejarse tanto del *iusnaturalismo* como de un positivismo de versión formalista: «se diferencia del iusnaturalismo (...) porque no acepta como jurídica a una moralidad que no se incorpore al derecho con arreglo a (...) condiciones establecidas en la norma de identificación, es decir, producidas como derecho aunque como moralidad sean previas al mismo, por los órganos competentes y de acuerdo con el procedimiento de producción establecido. Se diferencia del positivismo por esa relevancia que otorga a la moralidad que se sitúa como componente necesario del derecho» (cfr. Peces-Barba, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo incorporado al libro de G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 166); mientras que como se verá a continuación, Campbell la utiliza para denotar los rasgos éticos de la propia institucionalidad formal del Derecho.

Evidentemente, tal como ha resaltado Ansuátegui, que se utilicen términos idénticos para caracterizar fenómenos distintos, puede inducir a confusión (cfr. Ansuátegui, F. J., *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, ob. cit., p. 21, nota 33).

⁵¹⁴ Cfr. Campbell, T., *The legal theory of ethical positivism*, Darmouth, Aldershot, 1996, Capítulo 3. Cabe resaltar que este positivismo ético no pretende ser una definición del Derecho, es decir, no pretende afirmar que los actos decisionales que se basan en argumentos morales sustantivos subyacentes y se apartan de una observancia formal de las reglas jurídicas no puedan ser considerados parte del Derecho. Se trata más bien de una tesis normativa o prescriptiva, es decir, de una versión del positivismo que procura reflejar teóricamente lo que por razones éticas formales el Derecho *debería ser*, aunque en la realidad pueda ser algo distinto (Cfr. Campbell, T. «El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como derecho humano», en: *Doxa*, N.º 27, 2004, pp. 27 – 44).

⁵¹⁵ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., 332. La cursiva es del original.

fueron destacados en el capítulo 2. En la idea de que es mejor respetar los mandatos de las reglas sin acudir a fines no declarados por ellas mismas, existe el propósito de que el ser humano no se convierta en objeto de voluntades *ad hoc* o arbitrarias, es decir, existe el propósito de que sea tratado como un fin en sí mismo; y también el objetivo de que se respete su autonomía garantizándose la vigencia de la legislación democráticamente establecida⁵¹⁶.

Evidentemente, en la conexión entre el respeto a la claridad de los mandatos democráticos (con prescindencia de sus fines) y la ética, se adivinan ciertos rasgos de un positivismo ideológico débil, en una versión más sofisticada que aquella descrita por Bobbio⁵¹⁷. Esto ha sido advertido por M. Iglesias, quien, por lo demás, no lo ve como algo necesariamente negativo⁵¹⁸. Pero ello revelaría, a su vez, que el constitucionalismo y la poderosa materialización del sistema jurídico que trae consigo habría obligado a un cierto positivismo a tener pretensiones que ya no se agotan solo en las virtudes de su manifestación metodológica⁵¹⁹.

A continuación se plantean argumentos que aconsejan no entender a las reglas como normas atrincheradas u opacas frente a sus fines.

5. La derrotabilidad de las razones *supuestamente* atrincheradas o excluyentes y la actitud deliberativa del intérprete.

La aproximación al Derecho de Campbell, y la de aquéllos que en esencia piensan como él, pretenden justificarse a partir de una secuencia de razonamiento que puede ser resumida en los siguientes pasos:

- «1) Hay una inmensa discrepancia acerca de qué comportamientos son moralmente correctos. 2) Para respetar la autonomía moral de las personas, debemos gobernar el comportamiento humano

⁵¹⁶ Es, en términos generales, la idea que transita también el libro de F. Laporta, *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007.

⁵¹⁷ Cfr. Bobbio, *El positivismo jurídico*, ob. cit., p. 227 y ss.

⁵¹⁸ «Si pretendemos afirmar de forma no arbitraria que el derecho ofrece razones objetivas que son autónomas deberemos poder explicar cuáles son los valores jurídicos u objetivos valiosos que sirven de justificación en este ámbito práctico y lo distinguen de otros. Ésta es la empresa que corresponde al positivismo ideológico. (...). Quizá el futuro del positivismo jurídico pase por ahí, por constituir una teoría normativa, evaluativa, sustantiva o ética (digámoslo como queramos) que muestre por qué es importante mantener separados el contexto del derecho y el contexto de la moral, es decir, que justifique con razones sustantivas por qué debemos defender la tesis de la separabilidad. (...). Cada vez encontramos más autores trabajando en esta línea y creo que es una línea que tiene mucho interés» (cfr. Iglesias, M., «¿Son genuinas las reglas genuinas de Cristina Redondo? Algunas observaciones a "Reglas genuinas y positivismo jurídico"», en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/iglesias-son-genuinas.pdf, revisada el 4-12-15, p. 9).

⁵¹⁹ Resulta indudable, en todo caso, que la defensa de determinados criterios materiales en la identificación del Derecho postulada por el constitucionalismo, así como determinados aspectos relacionados con este tópico, representan un reto para el *iuspositivismo* (cfr. Ansuátegui, F. J., «Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional», en: V. Zapatero (editor), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, T. II, ob. cit., p. 255 y ss.).

mediante reglas claras y precisas que nos permitan determinar con certeza cuándo determinados comportamientos están jurídicamente prohibidos. (...) 3) Si para identificar los comportamientos que están jurídicamente prohibidos se debe acudir al razonamiento moral, entonces habrá mucha discrepancia y, por lo tanto, la certeza será sacrificada y la autonomía personal vulnerada. Por lo tanto, 4) El derecho debe ser identificado sin recurrir a la moralidad»⁵²⁰.

En otras palabras, el razonamiento defiende que por razones morales derivadas de la protección de la autonomía moral (manifestación medular de la dignidad humana, según se vio), hay que aplicar las reglas sin acudir a ninguna consideración finalista o moral. En el espacio de los Estados Constitucionales, hay un aspecto del enfoque que puede compartirse. El deber de respetar la institucionalidad del Derecho y el cumplimiento de las reglas, en efecto, hunde su raíz última en el respeto por la dignidad humana. Ello confirma que el contenido de cualquier razón moral, si no quiere ser *solamente moral*, sino *también jurídica*, debe desenvolverse dentro de los linderos del Derecho, y por consiguiente, debe derivar o cuando menos no resultar incompatible con la defensa de la dignidad de la persona humana como valor moral último del sistema jurídico del Estado Constitucional.

Ocurre, sin embargo, que la relación entre certeza y respeto a la autonomía personal es presentada en el lenguaje de Campbell y otros en términos tan absolutos que resulta difícil aceptarla como razonable. Para que pueda defenderse la *primacía absoluta* o *más allá de toda circunstancia* de la moralidad inherente a la formalidad del Derecho frente a cualquier otra gama de consideraciones (vg. las derivadas de la moralidad sustantiva que el Derecho reconoce), es preciso dar una respuesta contundente a la pregunta de por qué la certeza –que en definitiva es también un valor y que puede ser presentada en términos de principio de confianza, cumplimiento fiel de las expectativas, resguardo de la predictibilidad de la acción de los poderes públicos, etc.– puede ser considerada *ex ante facto* como detentadora de una superioridad jerárquica lexicográfica frente a otros valores también protegidos por un sistema jurídico. Y ciertamente ninguno de los autores reseñados brinda respuesta alguna a esta pregunta.

Por el contrario, no parece ser tan difícil ensayar un argumento de conformidad con el cual aquella superioridad vinculada a las razones que emanan de los rasgos inherentes al Derecho y de las reglas –y que supuestamente permitiría contrarrestar de modo definitivo el entendimiento de las razones sustentadas en las normas jurídicas como razones *prima facie*– es, a su vez, una superioridad *prima facie* solamente.

⁵²⁰ Cfr. Moreso, J. J., «El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho», en: *Doxa*, N.º 27, 2004, p. 55.

Es ciertamente posible que la certeza del Derecho, en determinados casos, resulte la mejor vía para asegurar el respeto a la autonomía personal, por representar en tales casos razones que merezcan mayor atención que cualesquiera otras⁵²¹. La autonomía personal se manifiesta, entre otras cosas, en la posibilidad de encauzar el proyecto de vida de conformidad con los propios planes elegidos, y esta posibilidad solo tiene margen de consolidación en la medida de que exista una predictibilidad en la acción del Derecho, predictibilidad que se sustenta, en buena medida, en la confianza depositada en reglas con un importante grado de certeza, precisión y cognoscibilidad.

Pero la autonomía también se manifiesta en la posibilidad de contrargumentar la certidumbre de las reglas. De lo contrario, la certeza del Derecho puede manifestarse como una maquinaria irresistible contra la libertad, allí donde la posibilidad dialéctica de justificar las acciones debe sacrificarse en aras de la aplicación deductiva de las reglas. Tal como ha razonado Moreso,

«la autonomía personal exige también dejar abierta la posibilidad de que los destinatarios de las normas argumenten a favor de la justificación de su conducta, cuando *prima facie* las vulneran. Por ello, las normas jurídicas deben, en muchas ocasiones, dejar abierta la posibilidad de que sus destinatarios acudan a las razones subyacentes (que son de naturaleza moral) para explicar su comportamiento (...). En resumen, para hacer honor a la autonomía personal, que es lo que otorga valor a la certeza del derecho, es preciso reservar un lugar para la argumentación moral, aunque ello sacrifique la certeza en alguna medida»⁵²².

No es necesario optar por la justicia sustantiva jurídica o la seguridad jurídica en abstracto. Son solo sus razones casuísticas las que, en determinadas circunstancias, determinarán el sentido de una solución privilegiando uno u otro principio. En tal sentido, hay que coincidir con Engisch cuando advertía que «en todas las partes del orden jurídico se notan fricciones entre los principios supremos de todo derecho, es decir, entre los principios de justicia, de funcionalidad y de seguridad jurídica. Ninguno de estos principios puede ser realizado de una manera pura: alguno de ellos tiene que ser sacrificado, total o parcialmente, en ciertos casos (...)»⁵²³.

⁵²¹ Es probable que esto sea lo que quiere acentuar Müller cuando señala que «los saberes de la hermenéutica filosófica tropiezan con estrechos límites si se intenta aplicarlos a la ciencia del Derecho, por cuanto la aplicación del Derecho –gracias, por ejemplo, a las exigencias jurídico positivas de determinabilidad y de claridad de normas y métodos en el Derecho del Estado– está sometida a requisitos especiales (...) que, por razones legítimas y jurídicamente autónomas, pueden interrumpir el círculo hermenéutico» (cfr. Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», ob. cit., pp. 119 – 120).

⁵²² Cfr. Moreso, J. J., «El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho», ob. cit., p. 58.

⁵²³ Cfr. Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. Garzón, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 205.

Por ello se hace difícil comulgar con una concepción (o prescripción) del Derecho como un conjunto de reglas. Y es que no son pocas las ocasiones en las que solo el diálogo entre las reglas y sus razones justificativas (principios), permite proteger debidamente la autonomía personal y, en definitiva, la dignidad humana. Ello no significa menospreciar el valor de la certeza en el Derecho, la que por cierto se manifiesta de un mejor modo en las normas que guardan una estructura cerrada y que suelen ser calificadas como reglas. Pero ello no significa que puedan ser aplicadas sin tomar en consideración también a sus razones subyacentes⁵²⁴.

De esta manera, Atienza y Ruíz Manero llevan razón cuando pasando de un estudio estructural a uno funcional de la separación conceptual entre principios y reglas, señalan que «si la consideración de un caso *fácil*, esto es, subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo, solo puede hacerse teniendo en cuenta principios, entonces la dimensión de *obediencia* a razones perentorias ya no puede aparecer como primaria: la *obediencia* a tales razones presupone la previa consideración de que no hay razones de principio que tengan más fuerza y que exijan la no obediencia»⁵²⁵. En otras palabras, las normas de estructura cerrada y de una lógica interna inderrotable que exigirían una obediencia perentoria, en realidad, solo la exigen *prima facie*.

Eso sí, en modo alguno debe entenderse que las razones subyacentes de las reglas emanan de fuentes extrasistémicas. Derivan de fuentes tan jurídicas como las reglas. Lo que ocurre es que se trata, en última instancia de normas jurídicas con una fuerza axiológica singular: las normas principales que reconocen derechos fundamentales como manifestaciones de la dignidad humana.

En efecto, como tuvo ocasión de señalarse, una característica de las normas *iusfundamentales* es que tienen la capacidad de convertirse en la justificación de toda norma del sistema. Y es que si por vía del efecto de irradiación y del principio de interpretación conforme, toda norma debe convertirse en un modo de garantizar la plena vigencia de los derechos, el contenido de estos dota de contenido, a su vez, a la justificación de las reglas, y consecuentemente, a sus razones subyacentes. En tal sentido, afirmar que las razones derivadas de los rasgos inherentes del Derecho pueden ser derrotados frente a sus razones justificativas, es tanto como afirmar que

⁵²⁴ Por eso puede coincidir con Bayón cuando señala que en «un Derecho de principios y reglas la solución prevista por la regla goza de una presunción *prima facie* de aplicabilidad que solo puede ser desvirtuada en un caso concreto mediante una argumentación basada en principios (...) lo cual dota a las reglas de una fuerza de justificación de decisiones, si no irrefutable, tampoco despreciable» (cfr. Bayón, J. C., «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en: *Jueces para la democracia*, N.º 27, 1996, p. 48).

⁵²⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruíz Manero, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 47. La cursiva es del original.

pueden ser derrotados por las razones derivadas de la incorporación en el análisis de las normas *iusfundamentales*.

Ahora bien, podría afirmarse que esto no supone más que trasladar el problema, puesto que todavía quedaría por resolver si las razones derivadas de los enunciados que reconocen derechos fundamentales pueden o no ser derrotados por sus respectivas razones subyacentes, a lo que se suma el problema de determinar de dónde proceden las razones subyacentes o justificativas de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la supremacía axiológica de los derechos fundamentales, sumada a su supremacía de rango jurídico, genera que su única razón subyacente sea la defensa de la dignidad humana en los términos en que fue descrita en el capítulo 2. No puede sostenerse entonces –cuando menos, no en el ámbito de los Estados Constitucionales– que las razones subyacentes a la reglas habitan en elementos extrajurídicos.

En tal sentido, no se comparte la posición de Habermas cuando refiere que «[l]a transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a la *lógica de la argumentación*»⁵²⁶. Desde luego, ello es así para quienes, como Habermas, piensan que una vez que los valores se incorporan al Derecho dejan de ser tales. Pero para quienes sostienen, como aquí se hace, que la juridificación de los valores no niega su esencia, sino que tan solo pasan a interactuar con los componentes inherentes al Derecho, la argumentación sustentada en valores juridificados (por antonomasia, la ponderación) no tiene por qué someterse a la argumentación lógica. Tan solo se suma a ella. Y si bien la argumentación lógica (entiéndase, deducida a partir de la literalidad del ordenamiento preestablecido) muchas veces lleva consigo buenas razones para decidir el caso de modo definitivo, ello no tiene por qué ser siempre así⁵²⁷.

La ventaja de las razones derivadas de la institucionalidad del Derecho es que se encuentran presentes en la casi totalidad de los casos concretos que pueden presentarse, y en esa medida, son casi siempre razones relevantes en el razonamiento práctico, lo cual, desde luego, no significa que siempre sean razones concluyentes. Por ello, si se quiere, en líneas generales, pueden ser calificadas como razones «omnipresentes», pero no «omnipotentes».

⁵²⁶ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 330. Las cursivas son del original.

⁵²⁷ «[E]n determinadas circunstancias, es posible pensar que la interpretación literal del enunciado normativo, puede conducir a resultados, por diversos motivos, absurdos» (cfr. Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 145).

Es cierto, sin embargo, que las razones que surgen de las normas que incorporan determinados valores materiales al Derecho, tiene una relevancia en función de las particularidades de cada caso. Es por ello que Habermas lleva razón cuando afirma que las normas (que él asume en el sentido jurídico formal del término) pueden pretender una «*obligatoriedad general*», mientras que los valores tienen una «*preferibilidad particular o especial*». Lo que no se entiende bien es por qué de ello debe derivarse –como afirma el autor– que las razones inherentes a las institucionalidad del Derecho «poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores»⁵²⁸. En todo caso, quizá pueda tratarse de una superioridad cuantitativa, pero definitivamente no cualitativa.

En tal sentido, si en el Derecho cabe que los valores actúen de conformidad con su esencia –es decir, como elementos *prima facie* que aceptan una consecución relativa a cada caso– la argumentación jurídica acepta la ponderación, y, por derivación la derrotabilidad normativa.

Dado que se parte de la premisa de que el conflicto normativo es posible, en tales circunstancias, el arribo a la solución del caso no debe ser entendido como un proceso argumentativo consistente en un acto complejo de descubrimiento de la única respuesta jurídica correcta. Cuando menos, no en el sentido de entender que esa respuesta *existe*⁵²⁹. Ni siquiera la tesis de Dworkin acerca de la «única respuesta correcta en el Derecho»⁵³⁰, parece poder ser interpretada como una tesis que postula la *existencia* de esa respuesta, sino como un *ideal regulativo* que debe ser asumido por el aplicador del Derecho, si realmente se entiende vinculado por él⁵³¹. La propia idea asociada a la figura del juez *Hércules*, «un jurista dotado de habilidad, erudición, paciencia y perspicacia sobrehumanas»⁵³², lleva a entender que se trata de un postulado aspiracional.

Si el proceso argumentativo aludido fuese un acto de genuino descubrimiento, buena parte de lo dicho hasta ahora resultaría superfluo, pues al final del camino nos

⁵²⁸ Cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 332. Las cursivas son del original.

⁵²⁹ Como bien refiere A. Aarnio, sostener la tesis de que la única respuesta correcta en el Derecho *existe*, parece traer aparejada la tesis de poder *saber* que se la ha encontrado, reto epistemológico ciertamente de imposible consecución (cfr. Aarnio, A., «¿Una única respuesta correcta?», en: A. Aarnio, M. Atienza y F. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, p. 12).

⁵³⁰ Cfr. Dworkin, R., «¿Puede ser que no haya una respuesta correcta en los casos difíciles?», en: *Una cuestión de principios*, traducción de V. Boschioli, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2012, p. 159 y ss.

⁵³¹ Tal como sostiene F. Puigpelat, «aunque no sea posible en el marco del discurso práctico real obtener una única respuesta correcta, –y es dudoso que sea posible incluso en el marco del discurso práctico ideal– (...) debería verse (...) como una *idea regulativa*, en el sentido de que debe procurarse encontrar esta respuesta correcta» Cfr. Puigpelat, F., «Principios y normas», ob. cit., p. 246.

⁵³² Cfr. Dworkin, R., *Los derechos en serio*, ob. cit., p. 177.

situaríamos nuevamente en el mundo de las reglas jurídicas (aunque en el de las reglas por descubrir). Es cierto que muchos casos pueden ser resueltos en base a un esfuerzo argumentativo mínimo y en ellos difícilmente podría decirse que los jueces aportan algo a la decisión más allá de lo que ya resultaba notorio del análisis de un enunciado normativo o de un conjunto de ellos. De hecho, si ello no fuera así se perdería toda posibilidad de depositar un importante grado de confianza en un Derecho pre-constituido y susceptible en buena medida de ser conocido por las personas. El Derecho y su funcionamiento suelen cumplir con un alto grado de eficacia este cometido, por lo que su existencia no es baladí.

Pero es cierto también que en otra cuota importante de situaciones, la complejidad del esfuerzo argumentativo requerido para arribar a una solución plausible, en modo alguno podría ser identificada con un mero acto cognoscitivo. Se trata de un proceso en el que, incluso, como se verá más adelante, es posible que en algún momento el juez se encuentre en la obligación de *elegir* entre distintas soluciones posibles, todas ellas con un cobijo racional de relieve⁵³³. No obstante, ni siquiera en estas situaciones cabe hablar de arbitrariedad, voluntarismo desnudo o puro subjetivismo. En todo caso, como se verá en el siguiente capítulo, desde el enfoque que aquí se asume, estos últimos serían casos verdaderamente extraordinarios, en los que deberá apelarse a la discrecionalidad en sentido fuerte del intérprete, pero en los que las opciones a elegir deben ser compatibles con la defensa de la dignidad humana, y en esa medida no puede tratarse de decisiones antojadizas o incompatibles con el Derecho.

Esto nos sitúa ante la conocida separación que en el campo de la argumentación se realiza entre los denominados casos fáciles y casos difíciles. Es posible trazar un nexo funcional entre la ponderación y la derrotabilidad, y los denominados casos difíciles, y entre la ausencia de ponderación y derrotabilidad, y los denominados casos fáciles. Por ello parece que no debe haber reparo en aceptar que existe una más clara relación entre la derrotabilidad jurídica y el pensamiento problemático o tópico, que entre ella y el pensamiento sistemático, sobre todo si, como hace Viehweg, por problema se entiende «toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al

⁵³³ «Si bien es cierto que la decisión judicial se basa siempre en derechos preexistentes, esto no significa que no haya elección alguna que hacer. Existe una verdadera elección que efectuar entre derechos *prima facie* que compiten entre sí. Y en la mayor parte de los casos la elección resulta dudosa y opinable. De este modo, la resolución de un conflicto de derechos supone una alta dosis de discreción judicial, entendida ella como la posibilidad de elección entre diferentes opciones igualmente válidas o admisibles» (cfr. Mendonca, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, ob. cit., p. 85).

cual torna el cariz de la cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución»⁵³⁴.

Como se sabe, partiendo de interesantes exploraciones filosóficas que siglos atrás hicieran Aristóteles y Cicerón, Viehweg señala que «la tópica es una técnica del pensamiento problemático que fue desenvuelta por la retórica y que es el desarrollo de una contextura espiritual, que incluso en sus particularidades se distingue en una forma inequívoca del espíritu deductivo sistemático»⁵³⁵. Podría decirse que es una invitación al despliegue de la racionalidad para la búsqueda de una respuesta, en contraposición a un juicio que se agote en el automatismo; racionalidad que en modo alguno queda desvirtuada por el simple hecho de que, muchas veces, la respuesta que finalmente se considera acertada es justamente aquella a la que se hubiese llegado si solo se hubiese pensado deductivamente. Y es que «[e]s necesario reconocer que el problema es algo beneficioso, que actúa siempre como guía. Cuando uno piensa dentro de un sistema expreso no puede profundizar»⁵³⁶. Ello, desde luego, no significa que el pensamiento problemático no se desenvuelva en el marco de un orden, significa tan solo que no se trata de un orden que viene dado de una vez y para siempre y que impone una respuesta preconstituida, sino de un orden que «continuamente se está decidiendo»⁵³⁷.

Pero no es posible asumir que un caso requiere ponderación si el intérprete no se toma en serio los principios jurídicos. La ausencia de esta actitud deliberativa⁵³⁸, puede llevar a que un caso que tomándose en serio los principios debiera ser catalogado como difícil, sea apreciado como fácil. Incluso cuando la estructura y el contenido del mandato de las normas *aparenta* situarnos ante una solución evidente, el intérprete tiene el deber jurídico de tornarla menos clara si aprecia que el contenido normativo de un principio jurídico se encuentra comprometido. Debe asumir, en consecuencia, que el caso es en realidad difícil.

Debe quedar claro que ello en modo alguno puede llevar al intérprete a un desapego frente al Derecho. Como bien afirma M. C. Barranco, «afirmar que el juez está vinculado en los casos fáciles, cuando es el propio juez quien determina cuándo el caso es fácil, nos conduce al mismo lugar en el que estaríamos si afirmásemos la falta de vinculación del juez»⁵³⁹. Por ello es muy importante tener en cuenta que

⁵³⁴ Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, 2da. edición, traducción de L. Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 57.

⁵³⁵ Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 28.

⁵³⁶ Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 57.

⁵³⁷ Cfr. Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, ob. cit., p. 60.

⁵³⁸ «Actitud interpretativa» diría Dworkin (cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, ob. cit., pp. 46 – 48).

⁵³⁹ Cfr. Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 58.

tomarse en serio los principios jurídicos lleva a que la categorización *de iure* de un caso como fácil o difícil no dependa (cuando menos, no del todo) del criterio del juez.

Ello no significa, por supuesto, que incluso en un sistema jurídico rematerializado como el de los Estados Constitucionales, no se presenten casos fáciles. Estos casos tendrán lugar cuando la regla que permite resolver el caso se ha dejado conocer de un modo tan sencillo (en virtud de la inexistencia de controversia normativa) que no hay motivo para dudar que la solución al caso venía ya preconfigurada por el ordenamiento. Debe quedar claro, sin embargo, que no debe asumirse que esa sencillez deriva llanamente de la autonomía y claridad semántica de la regla, sino de que, a pesar de mantener una actitud deliberativa como intérprete, ni siquiera han surgido *prima facie* razones normativas para dudar de su gobierno sobre el caso. Es decir, en los Estados Constitucionales un caso fácil no debe darse *como consecuencia* de la actitud no deliberativa del intérprete, sino *a pesar* de que dicha actitud estuvo presente.

Por otra parte, no tomarse en serio las reglas o la institucionalidad del Derecho, puede llevar a que un caso fácil, por las razones morales subjetivas del intérprete sea apreciado como difícil. Mantener una actitud deliberativa (que no es otra cosa más que nunca perder de vista como operador jurídico los principios fundamentales del sistema jurídico), no debe ser identificado con la idea de no tomarse en serio las reglas. Las reglas, sobre todo si son resultado de un proceso democrático, tienen un valor *en sí mismas*. Ello quiere decir, por ejemplo, que el solo hecho de que dadas las características de un caso individual una regla no se encuentre respaldada por su principio subyacente no es razón suficiente para desplazarla. Sobre ello se profundizará en el siguiente capítulo.

De este modo, parece más exacto considerar que la presencia de un caso fácil o uno difícil no solo viene determinada por la estructura cerrada o abierta de las normas concernidas en el caso, sino también por la actitud deliberativa o no deliberativa del intérprete, la cual debe desenvolverse dentro de los confines del sistema jurídico. Ante una actitud problemática o jurídico deliberativa, la posibilidad de que el caso adopte una fisonomía compleja en virtud de las razones normativas que pueden enfrentarse, crece notoriamente.

Mantenida esta actitud deliberativa, desde un punto de vista estrictamente analítico, ¿sobre qué entidad jurídica recae la derrotabilidad?, ¿sobre las formulaciones lingüísticas de las fuentes formales del Derechos o sobre sus interpretaciones? De ello se ocupa el siguiente apartado.

6. El objeto de la ponderación y de la derrotabilidad jurídica: ¿disposiciones y/o normas?

Hasta el momento, para hacer referencia a las entidades normativas que pueden ser objeto de derrotabilidad en un caso concreto, se ha venido utilizando indistintamente los términos de disposición, norma, enunciado jurídico, etc. Empero, es conveniente ahora ingresar en una distinción conceptual entre estas nociones – concretamente entre las nociones de disposición y de norma–, pues resulta útil al momento de precisar determinados aspectos relacionados con el fenómeno de la derrotabilidad jurídica.

Sin perjuicio de ello, conviene también aclarar que la distinción solo es relevante en la medida en que permite clarificar los alcances de la derrotabilidad jurídica. En tal sentido, una vez cumplido este cometido, el uso indistinto de los términos no representa ningún inconveniente.

6.1 Distinción entre disposición y norma.

A partir de una teoría analítica del Derecho cabe distinguir entre las nociones de disposición y norma. De conformidad con el parecer de uno de los pioneros en este postulado, la primera es una «fórmula lingüística textual emanada de acuerdo a los modos previstos por las reglas sobre la producción del derecho». La norma, en cambio, es la «regla de conducta expresada por la disposición y recabada por medio de la interpretación; es decir, representa la disposición interpretada»⁵⁴⁰.

Desde luego, esta es tan solo una construcción teórica. No hay duda de que las normas (las disposiciones interpretadas) serán también expresadas en un concreto lenguaje, siendo, a su vez, susceptibles de interpretación. Las normas pasan a ser disposiciones para un subsiguiente intérprete. Como bien ha sostenido Guastini

⁵⁴⁰ Cfr. Crisafulli, V., «Disposizione (e norme)», en: *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1964, vol. XIII, p. 195. Este texto y otros sobre el tema, han sido incorporados en la edición al cuidado de S. Pozzolo y R. Escudero, *Disposición vs. norma*, Palestra, Lima, 2011. Esta doctrina ha sido seguida, entre otros, por R. Guastini (cfr. Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 18 – 19). No obstante, frente a esta teoría amplia de la interpretación como canal productor de normas, Guastini se ocupa también de una teoría restringida conforme a la cual «todo texto o fragmento de texto expresa una norma. Tal norma puede ser, según los casos, clara y precisa o bien oscura y vaga, pero es sin embargo una norma preexistente a la actividad interpretativa: la interpretación tiene por objeto normas» (cfr. Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, ob. cit., p. 87).

La distinción que aquí se ofrece utilizando estos términos (disposición/norma), ha sido planteada por otros autores utilizando términos alternativos, pero referidos *mutatis mutandis* a los mismos fenómenos. Así, por ejemplo, von Wright hablaba de formulaciones normativas y normas, y a esta dualidad agregaba una tercera noción denominada proposición normativa que, dicho resumidamente, aludiría a un enunciado que afirma la pertenencia de una norma a un concreto sistema (cfr. Wright, G. H. von, *Norm and action. A logical enquiry*, ob. cit., p. 109); Prieto utiliza los conceptos de norma-dato y norma-producto (cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 27); García Figueroa habla de enunciado y proposición (cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 146); etc.

«[d]esde un punto de vista ontológico (...) la disposición y la norma son entidades homogéneas: una y otra no son nada más que enunciados. La disposición (enunciado interpretado) es un enunciado del discurso de las fuentes; las normas (enunciado interpretante) es un enunciado del discurso del intérprete»⁵⁴¹. De esta manera, el reconocimiento de que los significados atribuidos a los textos lingüísticos se expresan también en textos lingüísticos da lugar a un proceso de *regressus ad infinitum*⁵⁴². Se trata, sin embargo, de un regreso al infinito que no deja de ser también teórico, puesto que desde un punto de vista empírico la gran mayoría de las disposiciones suelen estacionarse (cuando menos, durante un importante espacio de tiempo) en correspondencia con un significado determinado que no pretende ser cuestionado a través de un nuevo proceso interpretativo.

A partir de la diferenciación de disposiciones y normas, un modo de definir la interpretación sería el de cauce para la producción de *normas adscritas*, en el sentido de que surgen de la necesidad de interpretar-aplicar un campo dispositivo específico del ordenamiento⁵⁴³.

De esta forma, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico peruano (como *mutatis mutandis* ocurre en la mayoría de ordenamientos jurídicos actuales), el órgano competente de llevar a cabo la fase de «configuración dispositiva», puede ser el Poder Constituyente o el poder de reforma constitucional, cuando se trata de la Constitución; el Parlamento, el Ejecutivo (vía decretos legislativos o decretos de urgencia) o los órganos regionales y locales (vía ordenanzas regionales y municipales, respectivamente), cuando se trata de disposiciones con rango de ley; y los órganos administrativos con capacidad reglamentaria, cuando se trata de disposiciones reglamentarias.

Pero la «configuración dispositiva» es tan solo una fase de la producción normativa, pues con posterioridad a ella el órgano de aplicación (por antonomasia, los jueces) ingresa en una etapa de adscripción de normas al campo dispositivo pertinente, hasta arribar a la norma en la que se subsuma el caso individual. De esta manera, tal como señalara Kelsen, «la implantación de una norma individual por el tribunal constituye una etapa intermedia en el proceso iniciado con la erección de la Constitución, y que, pasando por la legislación y la costumbre, lleva a la sentencia judicial y de ésta, a la ejecución de la sanción. Este proceso, en el cual el Derecho se

⁵⁴¹ Cfr. Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, ob. cit., p. 18.

⁵⁴² Cfr. García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 147 – 148.

⁵⁴³ Sobre el concepto de normas adscritas, cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 49 - 55; Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 75 - 84; Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 26 - 30. También, STC peruano 1417-2005-PA, FF. JJ. 23 - 27.

autoreproduce permanentemente, va de lo general (o abstracto) a lo individual (o concreto). Se trata de un proceso de una individualización o concretización en incremento ininterrumpido»⁵⁴⁴.

Puede agregarse que en correlación con la diferenciación entre disposición y norma, Alexy⁵⁴⁵ ha planteado la diferencia entre disposición de derecho fundamental, que estaría representada por el texto o formulación lingüística del artículo que expresa un derecho fundamental, y norma de derecho fundamental, que estaría representada por una interpretación atribuida a la disposición de derecho fundamental. Adicionalmente, las normas de derecho fundamental, pueden dividirse en normas directamente estatuidas, que son las interpretaciones que directamente derivan de la disposición, y las normas adscritas, que son aquellas que derivan interpretativamente de las normas directamente estatuidas. Así, las normas adscritas son resultado de un proceso interpretativo más complejo que el que permite arribar a las normas directamente estatuidas.

Por ejemplo, el artículo 2º 4 de la Constitución peruana que establece que «Toda persona tiene derecho a la libertad de información» sería una disposición de derecho fundamental. La norma «Está prohibido violar el derecho a la libertad de información de una persona», sería una norma directamente estatuida. Y la norma «Está prohibido impedir a los medios de comunicación la revelación de hechos si ella contribuye a la formación de un opinión pública libre en una sociedad democrática», sería una norma adscrita.

6.2 La derrotabilidad de los sentidos interpretativos (normas).

Planteadas así las cosas, lo que cabe ahora preguntarse es sobre qué entidad jurídica recae la derrotabilidad, si sobre las disposiciones o sobre las normas. Para arribar a una respuesta satisfactoria es preciso avanzar progresivamente en el proceso interpretativo que tiene lugar en la resolución de un caso difícil⁵⁴⁶. Este proceso puede adoptar, cuando menos, dos formas, dependiendo de si del texto de las disposiciones no deriva una solución clara, o de si a pesar de derivarse una clara solución existe una duda en relación con su casuística justicia jurídica.

⁵⁴⁴ Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, ob. cit., p. 246.

⁵⁴⁵ Cfr. Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 49 – 55.

⁵⁴⁶ No se hace alusión a los casos fáciles, por el sencillo motivo de que en ellos no tiene lugar derrotabilidad normativa alguna. Cabe también apuntar, aunque quizá no sea necesario hacerlo, que la descripción del proceso que a continuación se realiza no pretende ser una descripción del proceso psicológico que verdaderamente se produce en la mente del juez. Pretende ser tan solo una reconstrucción conceptual.

- **Cuando del texto de las disposiciones no deriva una solución clara.** Estos casos suelen venir caracterizados por el hecho de que, en una primera etapa interpretativa, es posible realizar a partir del marco disposicional del ordenamiento *prima facie* aplicable, más de una reconstrucción normativa que permite solucionar el caso. En esta configuración de normas adscritas, las circunstancias del caso individual no son tomadas en cuenta desde un punto de vista material, sino solo desde un punto de vista formal. En esta primera etapa, tales circunstancias tan solo sirven de guía, de un lado, para lograr una ubicación aproximativa de las disposiciones que resultan *prima facie* pertinentes en la dilucidación del asunto, y, de otro, para permitir una reconstrucción de las normas adscritas en consonancia con una literalidad que resulte acorde para subsumir *prima facie* en ellas el caso individual⁵⁴⁷. Se podría decir además que es una primera configuración moralmente neutra, no en el sentido de que tales normas adscritas no reflejen determinados contenidos morales, sino en el sentido de que su configuración se ha realizado sin un cuestionamiento por parte del intérprete en relación con su moralidad para dirimir jurídicamente el caso, es decir, todavía sin una actitud deliberativa o problemática.

En una segunda etapa de este primer supuesto, se produce una subsiguiente reconstrucción de las normas adscritas, pero esta vez ingresando en un análisis material de las circunstancias del caso, de forma tal que sea posible apreciar el sentido de justicia jurídica que la solución derivada de cada una de las normas representa en relación con ellas. En otras palabras, esta es la etapa en la que una valoración o ponderación es la que determina qué norma es la que debe exceptuar a la otra en su aplicación.

En estos casos, la regla que soluciona el caso viene construida y formulada por el intérprete. Atienza y Ruíz Manero lo han expuesto en estos términos: «el juez procede, una vez aceptado que el caso debe resolverse efectuando un balance de razones, en dos pasos: el primero consiste en pasar de los principios a una regla que exprese, para esa clase de supuestos, el resultado de ese balance o ponderación entre principios; en el segundo, puesto que se dispone ya de una regla, se adopta la misma como base de la resolución»⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ En ese sentido, siguiendo a Vernengo, cabe afirmar que, atendiendo a este esquema, una manera de definir la interpretación es como un mecanismo orientado a traducir un enunciado en otro enunciado que por algún motivo se considera más comprensible y claro (cfr. Vernengo, R., *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971, p. 37).

⁵⁴⁸ Cfr. Atienza, M. y Ruíz, J., *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 47, nota 8.

Un ejemplo puede clarificar cuanto acaba de referirse. Imagínese que en el Perú un noticiero ha expuesto ante la opinión pública un video en el que se aprecia al Presidente de la República –que constantemente ha transmitido a la opinión pública lo importante para la sociedad que es, a su juicio, preservar los valores de la familia tradicional que él respeta fielmente– besando apasionadamente a una mujer que no es su esposa en un vehículo aparcado dentro del garaje de una vivienda. El Presidente de la República ha interpuesto contra el medio de comunicación una demanda por violación a la intimidad. Ninguna disposición del sistema jurídico peruano regula con claridad en algún sentido un caso así, lo que es tanto como decir que no existe una regla dispositiva que se ocupe de la materia. Existe, pues, una laguna en el marco de las disposiciones del sistema y, por supuesto, en el marco de sus normas directamente estatuidas. Corresponde, por consiguiente, ingresar en una etapa interpretativa en la que se ubiquen ciertas normas adscritas derivadas de disposiciones principales que pudieran solucionar el caso.

Una de tales normas puede derivar, ciertamente, de la disposición que reconoce el derecho a la intimidad. Podría razonarse que el derecho a la intimidad, entre otras cosas, protege que se mantengan libres de intromisión externa aspectos de la esfera subjetiva de las personas que, por convenciones sociales, y dadas las características que los rodean, pertenecen al ámbito de lo privado, y no de lo público. Si ello es así, de la referida disposición puede derivarse una norma adscrita que prohíbe hacer públicas imágenes de las personas besándose en un espacio privado (NA1).

Otra de las normas puede derivar de la disposición que reconoce el derecho a la información. Podría razonarse que este derecho, entre otras cosas, protege la revelación de hechos cuyo conocimiento contribuye a la formación de una opinión pública libre en una sociedad democrática. Si ello es así, podría concluirse que dado que es imposible que una sociedad forme libremente su opinión sobre la base de mentiras, de la referida disposición deriva una norma adscrita que permite revelar ante la opinión pública las mentiras en las que incurren los servidores públicos (NA2).

Hasta aquí se habría cumplido con la primera de las etapas descritas. El caso no regulado por ninguna regla dispositiva del sistema, ha servido de guía para la construcción interpretativa de dos normas adscritas (NA1 y NA2) que resuelven el caso de modo contradictorio. NA1 y NA2 son antinómicas, motivo por el cual alguna debe ser excepción de la otra; alguna será derrotada.

Así, lo que corresponde en una segunda etapa es ponderar a la luz de las circunstancias del caso NA1 y NA2, para determinar cuál de las dos resultará derrotada.

- ***Cuando a pesar de derivarse una clara solución del texto de las disposiciones existe una duda en relación con si resultaría jurídicamente justo aplicarlo al caso.*** En el segundo supuesto, la primera etapa viene caracterizada por la apreciación de que de alguna disposición del sistema deriva una norma directamente estatuida que es capaz, en virtud de su autonomía semántica, de resolver por sí misma el caso. Nuevamente, en esta primera etapa los hechos del caso cumplen la función de una guía formal. En una segunda etapa, las circunstancias del caso permiten el surgimiento de dudas en relación con la justicia jurídica que la aplicación de la norma directamente estatuida conlleva, por lo que se procede a su interpretación y a la interpretación de otra(s) disposición(es) relevante(s), que permitan arribar, respectivamente, a dos normas adscritas cuya ponderación permitirá resolver el caso. Ciertamente, el sentido de la norma adscrita derivada de la norma directamente estatuida depende de cuál se interprete que sea la razón subyacente de esta última. Si no triunfa la norma adscrita derivada de la norma directamente estatuida, esta resultará derrotada; de lo contrario, gobernará el caso.

Piénsese en el caso *Texas vs. Johnson*, resuelto por la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos⁵⁴⁹. Cuando en el año 1984, en la ciudad de Dallas (Texas), el Partido Republicano decidió que el Presidente Ronald Reagan sería su candidato a la reelección, en las afueras del auditorio el ciudadano Gregory Lee Johnson quemó la bandera norteamericana en señal de protesta política. El Código Penal de Texas condenaba con un año de cárcel y \$ 2000 de multa la «profanación de monumento público, de objeto sagrado o de la bandera estatal o nacional», y definía la profanación como el hecho de «cometer un daño a sabiendas de que ello ofenderá a quienes puedan ser testigos o lo descubran».

En este caso se tiene una disposición y su consecuente norma directamente estatuida (NDE) que permite resolver el caso. Bajo este esquema Johnson debe ser condenado a un año de cárcel y \$ 2000 de multa. Empero, una actitud deliberativa lleva a interrogarse sobre la justicia jurídica de una decisión de

⁵⁴⁹ Cfr. Sentencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos 491 US 397. Véase Beltrán de Felipe, M. y González, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 510 y ss.

este tipo, pues surge la posibilidad de que la conducta del referido ciudadano se encuentre amparada por el derecho a la libertad de expresión.

En tal sentido, lo que corresponde ahora es profundizar interpretativamente para arribar a una norma adscrita derivada de la norma directamente estatuida que surge del Código Penal de Texas. El sentido de dicha norma adscrita depende de cuál sea la razón subyacente de lo dispuesto por el referido Código. Puede sostenerse que la protección de los símbolos patrios tiene como objetivo proteger la integridad psicológica de los ciudadanos en su faz espiritual –conocida también como integridad moral–, pues los símbolos patrios usualmente son asociados con el sentido de unidad y de trascendencia de una nación. En consecuencia, está prohibida la profanación de los símbolos patrios con el objetivo de no afectar este valor o principio (NA1).

Inmediatamente, se interpreta la norma directamente estatuida conforma a la cual está prohibido afectar la libertad de expresión. Puede sostenerse que esta libertad, entre otras cosas, protege emitir juicios de valor u opiniones que mientras más cercanos se encuentren al ámbito de la deliberación política, más fuertes axiológicamente son, por ser dicho ámbito el que más directamente guarda conexión con el principio democrático. Siendo ello así, está permitida la realización de conductas que constituyan una expresión de carácter político (NA2).

Finalmente, lo que corresponde en una última etapa es ponderar a la luz de las circunstancias del caso NA1 y NA2. Si triunfa NA1, NDE gobernará el caso. Si triunfa NA2, NDE habrá sido derrotada.

Como puede apreciarse, en cualquiera de las dos formas que puede adoptar la estructura de un razonamiento en un caso difícil, la derrotabilidad jurídica recae sobre las normas (adscritas o directamente estatuidas), y es determinada solo cuando las fuentes jurídicas y los hechos son conectados desde un punto de vista material. Ahora bien, ello por supuesto no descarta que en el lenguaje común de los juristas se hable de la derrotabilidad de disposiciones jurídicas. Así, en el primer supuesto (cuando el caso no se subsume en ninguna regla preestablecida del sistema), se dirá que resultó derrotada o la disposición que expresa el derecho a la intimidad o la disposición que expresa el derecho a la libertad de información. Y en el segundo (cuando el caso sí se subsume claramente en una regla preestablecida del sistema), si la disposición que contiene la regla se aplica, se dirá que no hubo ninguna derrota normativa, y si finalmente no se aplica, se dirá que la referida disposición fue derrotada.

Lo cierto es que bajo la separación conceptual entre disposiciones y normas, la derrotabilidad jurídica está siempre relacionada con la pérdida de aplicabilidad del

sentido adjudicado a una disposición en relación con un caso concreto. De ahí que estricta y analíticamente hablando no sea posible afirmar la derrotabilidad de la disposición, sino solo de la derrotabilidad del referido sentido (norma). La derrota de una disposición estaría necesariamente vinculada con su salida del *statute book* (su expulsión del ordenamiento jurídico), y, como ya ha sido señalado, este fenómeno se relaciona más bien con la pérdida de validez abstracta de las disposiciones, es decir, con aquellas situaciones en las que, más allá de las circunstancias de los casos, no es posible adjudicar a una disposición un sentido interpretativo que resulte acorde con aquéllos que derivan de disposiciones de rango superior. Se trata de un fenómeno que solo puede predicarse en relación con disposiciones de rango infraconstitucional (salvo el hipotético caso de antinomias total-total entre disposiciones constitucionales, como se verá en el siguiente capítulo) y que, por antonomasia, se verifica en los denominados procesos de inconstitucionalidad.

Con todo, ya se ha llamado la atención sobre las dificultades que un juicio de estas características debe afrontar cuando se le exige la evaluación de la validez de disposiciones sin que de por medio exista la resolución de un caso concreto. Cuando hay un caso de por medio, el juicio de validez se convierte en un juicio solo relativo al caso y, en consecuencia, solo relativo a las normas que resultan *prima facie* aplicables para resolverlo, manteniéndose las disposiciones a buen recaudo. Paradójicamente, en los procesos en los que existe un caso concreto no es necesario analizar todas las normas de las disposiciones, pero las que se analizan aparecen, al final del camino, con un alto grado de claridad; en cambio, en los procesos en los que no existe caso, se exige que el juez aprecie todas las normas de las disposiciones, pero ni podrán aparecer todas ni las que aparezcan lo harán con un alto grado de claridad. El primero parece ser un juicio más restringido, pero cualitativamente superior.

El principio de interpretación conforme con la Constitución, que en el marco de los procesos de inconstitucionalidad de diversos países europeo continentales, pretende evitar la expulsión de la disposición del ordenamiento en la medida de que le pueda ser atribuida cuando menos una norma que resulte acorde con la Constitución⁵⁵⁰, no solo es una fórmula de deferencia con la legitimidad democrática de la ley y de su productor, el Parlamento, sino también una manera de reconocer que no resulta conveniente expulsar una disposición cuando no resulta posible conocer la totalidad de las propiedades normativas que la conforman, exploración que resulta más fructífera ante la presencia de hechos.

⁵⁵⁰ Cfr. Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, ob. cit., p. 38 – 39.

Es por ello que los juicios de inconstitucionalidad que recaen sobre normas adscritas y no sobre disposiciones llevados a cabo por los tribunales constitucionales, es una forma de aproximarse (pero solo aproximarse) a lo que resulta siendo objeto de juicio en los procesos llevados a cabo por los tribunales estadounidenses. Como, por cierto, los denominados juicios sobre la ley *on its face* que en algunas ocasiones lleva a cabo el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, son una manera de aproximarse (pero solo de aproximarse) al control abstracto realizado por los tribunales constitucionales de la Europa continental.

El control de la ley *on its face*, alude a la posibilidad de que el Tribunal Supremo estadounidense controle a la ley en sus propios términos y no solo la norma adscrita que en su aplicación a un caso concreto le haya adjudicado el juez *a quo*. Esta es una posibilidad excepcional que solo viene justificada cuando es posible anticipar con un alto grado de probabilidad que la ley dará lugar a aplicaciones inconstitucionales⁵⁵¹. No obstante, tal como ha resaltado Rubio Llorente, este tipo de control «no impide (...) que, en teoría, también las leyes declaradas inconstitucionales *on its face* permanezcan *on the statute book* y sean susceptibles, por tanto, de recuperar su eficacia, sin actuación alguna del legislador, si la Corte revoca su declaración de inconstitucionalidad, aunque es evidente que esta práctica introduce en la jurisdicción constitucional norteamericana un rasgo “europeo” que hace improbable esa revocación»⁵⁵².

Pues bien, se ha sustentado que el entendimiento de que es posible el conflicto entre las normas se encuentra justificado, lo cual lleva a aceptar que también es posible justificar la ponderación normativa, y, por tanto, la derrotabilidad jurídica. Pero también se ha sustentado que el razonamiento jurídico no es sinónimo de razonamiento moral, pues el discurso jurídico es un discurso institucionalizado, tanto por sus rasgos formales como por el hecho de que la dignidad humana es su valor moral último. Si ello es así, el reto es ahora desarrollar una propuesta acerca de cómo debe articularse ese discurso jurídico práctico para que pueda afirmarse además que se trata de un *discurso racional*. En esencia, de ello se ocupa el siguiente capítulo.

⁵⁵¹ Cfr. Tribe, L., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Mineola, New York, 1978, pp. 710 – 717.

⁵⁵² Cfr. Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», ob. cit., p. 20.

CAPÍTULO 5: META-REGLAS PARA LA ARTICULACIÓN RACIONAL DE UN RAZONAMIENTO JURÍDICO DERROTABLE

Los defensores de un modelo de reglas han alegado la supuesta imposibilidad de que su articulación con los principios resulte compatible con la racionalidad. Han alegado, además que en la ponderación todo es inseguridad y juicios de valor subjetivos, o que se efectúa de forma arbitraria. ¿Es ello necesariamente cierto?

En este capítulo se defenderá la idea de que si bien no corresponde confundir el razonamiento jurídico práctico con el razonamiento moral no institucionalizado, ello no significa que los principios formales del Derecho sometan necesariamente a sus principios materiales. En concreto, se brindarán argumentos para considerar que la incorporación de una moral sustantiva en el Derecho, obliga a situar a las razones morales que de ellas derivan en permanente articulación con las razones derivadas de los rasgos formales del Derecho, de tal forma que, presentado un conflicto normativo, todas las razones relevantes, formales o sustantivas, ingresen en un juicio valorativo que establezca su jerarquía para el caso concreto.

Así, corresponde plantear las razones por las que se considera que es posible que, en el marco de los Estados Constitucionales, se argumente racionalmente la solución definitiva de casos sobre la base de la articulación de reglas y principios, e incluso en los supuestos en los que resulte necesaria la ponderación, cuyo resultado generará la derrotabilidad de una norma jurídica.

Para tales efectos, en primer término, se analizarán los casos de antinomias abstractas entre disposiciones constitucionales total-parcial, parcial-parcial y total-total. Se preciará en este escenario que las antinomias total-parcial, son resueltas a través del criterio de especialidad; que las antinomias parcial-parcial llevan consigo la propiedad inherente de la derrotabilidad jurídica; y que los hipotéticos y extraordinarios casos de antinomias total-total darán lugar a la invalidez de alguna de las disposiciones enfrentadas (apartado 1).

En segundo lugar, se analizarán las condiciones que las disposiciones infraconstitucionales (por antonomasia, las de rango legal) deben cumplir para que resulten válidas. Aquí cobrará especial interés la estructura del denominado principio o *test* de proporcionalidad y, en particular, la estructura del último de los pasos de dicho *test*, a saber, la ponderación (apartado 2).

En tercer lugar, resultará medular ingresar en los criterios que deben ser tomados en consideración para determinar la importancia o el peso de las razones que puedan derivar de las normas cuando ellas se entran en conflicto. De la mano de

herramientas conceptuales de R. Alexy y S. Hurley (apreciadas en clave complementaria y no excluyente) se buscará justificar que existe posibilidad racional de asignar tales niveles de importancia. En ese esquema, serán de gran utilidad tres niveles de convenciones jurídicas –superficiales, interpretativas y profundas– en la medida en que su contenido resulte, en última y definitiva instancia, compatible con el valor de la dignidad humana (apartado 3).

Finalmente, teniendo en cuenta la interacción entre los rasgos inherentes del Derecho y la moral fundamental sustantiva legalizada que se produce en la sistemática entre reglas y principios, se establecerán una serie de criterios que deben ser tenidos en cuenta para la articulación racional de estas dos clases de normas (apartado 4).

Se observará que, progresivamente, el análisis desemboca en 17 meta-reglas, es decir, 17 reglas para la articulación racional de reglas entre sí, o de reglas con principios, a través del razonamiento jurídico.

1. Antinomias constitucionales y derrotabilidad jurídica.

En el capítulo 1 quedaron establecidas las diferencias existentes entre los fenómenos de la invalidez jurídica y de la derrotabilidad jurídica. Concretamente, una norma inválida es aquella que resulta formal o materialmente incompatible con una norma supraordenada. Una norma derrotable es una norma que en razón de la fuerza axiológica de determinados principios jurídicos –por antonomasia, los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana– se inaplica a un caso concreto subsumible en ella, a pesar de ser válida.

Uno de los criterios que cumple un rol fundamental en la teoría de la derrotabilidad aquí defendida, es el principio institucional de jerarquía normativa, y, en particular, el principio de supremacía normativa de la Constitución como norma positiva⁵⁵³. En razón del respeto que el razonamiento jurídico debe mantener frente a este principio, no es posible sostener que una norma constitucional resulte inválida. No es posible, por tanto, que un juez declare la invalidez y consecuente expulsión del ordenamiento jurídico con efecto *erga omnes* de una disposición constitucional (un texto jurídico de la propia Constitución).

⁵⁵³ Por supuesto que con esa afirmación no se pasa por alto que «los criterios últimos de la jerarquía normativa –al igual que los relativos a la pertenencia de las normas al sistema– son, en último término, consuetudinarios. El hecho de que una Constitución diga que ella misma es la norma suprema no puede ser la razón de tal rango jerárquico, a no ser que se asuma la validez y la superioridad de la propia Constitución; pero tal asunción sólo puede consistir en que la Constitución y el sistema que ella fundamenta es regularmente eficaz en conjunto. De manera que, a fin de cuentas, la razón por la que la Constitución resulta válida y superior es la existencia de una práctica normativa de carácter consuetudinario» (cfr. Ruíz Miguel, A., «El principio de jerarquía normativa», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 24, Septiembre – Diciembre, 1988, pp. 150 – 151).

Un razonamiento en ese sentido vaciaría la institucionalidad del Derecho; haría de un órgano constituido, un órgano constituyente⁵⁵⁴, y la Constitución, a pesar de su rango formal, dejaría de ser el parámetro de validez de las normas, para pasar a ser objeto de ese control. No se comparte, en consecuencia, por ejemplo, la tesis de O. Bachoff, según la cual, en razón de normas «metapositivas» es posible derivar la inconstitucionalidad de una cláusula constitucional⁵⁵⁵. Se trata de una tesis *iusnaturalista* y por tanto, incompatible con el positivismo jurídico aquí planteado.

Ello no significa, sin embargo, que una regla constitucional no pueda resultar casuísticamente derrotada en razón de algún principio consagrado en la propia Constitución. Esa posibilidad existe, porque ello no significa que la disposición constitucional resulte inválida, sino simplemente que algunos de sus sentidos interpretativos pueden resultar inaplicados en un caso por generar consecuencias incompatibles con la propia Constitución analizada sistemáticamente o, si se quiere, como unidad⁵⁵⁶. Tal como se sustentará a continuación, utilizando la clásica clasificación de antinomias propuesta A. Ross⁵⁵⁷ y que fuera puesto de relieve en el primer capítulo, en el campo de las antinomias semánticas entre disposiciones constitucionales, la derrotabilidad jurídica es un fenómeno que tiene lugar cuando de antinomias parcial-parcial se trata. El caso de las antinomias total-parcial, se regiría por el criterio de especialidad. Y el caso de las antinomias total-total generarían un fenómeno de invalidez y no de derrotabilidad.

Para analizar el caso de una antinomia total-parcial entre disposiciones constitucionales (o, si se quiere, entre sus normas directamente estatuidas) puede hacerse mención a lo que sucede con el derecho a la vida y la pena de muerte en la Constitución peruana. El artículo 2º 1 de la Constitución peruana establece que «toda persona tiene derecho a la vida», mientras que el artículo 140º dispone que «la pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo».

Quizá un razonamiento aferrado al imperio absoluto de los principios sustantivos del Derecho consideraría declarar inválido el artículo 140º de la Constitución por

⁵⁵⁴ Garzón Valdés destacaría aquí la importancia de separar conceptualmente la idea de «soberano 0» y «soberano 1», es decir, separar a la autoridad suprema que crea un orden jurídico y a la autoridad suprema dentro de un orden jurídico (cfr. Garzón, E., *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 181 – 182).

⁵⁵⁵ Cfr. Bachof, O., *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, traducción de L. Álvarez, Palestra, Lima, 2010, pp. 88 – 89.

⁵⁵⁶ El Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a Hesse (cfr. Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 45 y ss.), ha señalado que en virtud del principio de interpretación de unidad de la Constitución, ella «debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12 a.).

⁵⁵⁷ Cfr. Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, ob. cit., p. 164 y ss.

oponerse al derecho fundamental a la vida. Podría sostener incluso que si bien la pena de muerte, así regulada, pretende preservar el derecho a la seguridad personal, el principio democrático y el principio de seguridad de la nación que también se encuentran constitucionalmente consagrados (artículos 2º 24, 43º y 163º, respectivamente), está empíricamente acreditado que la pena de muerte no disuade de la comisión de delitos, motivo por el cual el medio utilizado no es idóneo para la consecución de los fines buscados, afectándose la vida irrazonablemente. O podría sostener que incluso si se alcanzasen los fines perseguidos el modo en que la pena de muerte los protege es notoriamente menor al nivel de gravedad con que afecta el derecho a la vida.

Un buen ejemplo de cómo los principios institucionales del Derecho pueden en determinados casos imponerse a las razones derivadas de sus principios materiales es que ninguna de estas razones parece lo suficientemente poderosa frente al argumento de que la pena de muerte, así regulada (con esa claridad semántica), está instituida en la propia Constitución, la norma de máxima jerarquía. Asumir en este caso que en abstracto el derecho a la vida se impone a la pena de muerte, no genera la eventual inaplicación del artículo 140º a un caso individual, sino que genera su invalidez jurídica. Si se quiere respetar el principio formal de supremacía normativa de la Constitución, la eliminación de lo prescrito por el artículo 140º, solo podría lograrse por la vía constitucionalmente prevista, es decir, a través del procedimiento de reforma constitucional previsto en la propia Constitución (artículo 206º).

En este caso tenemos una antinomia constitucional abstracta total-parcial entre el artículo 2º 1 y el artículo 140º de la Constitución (no siempre lo prescrito por el artículo 2º 1 de la Constitución compromete lo prescrito por el artículo 140º, pero siempre lo prescrito por el artículo 140º compromete lo prescrito por el artículo 2º 1). Por consiguiente, razonar que el artículo 2º 1 exceptúa al artículo 140º, genera la invalidez abstracta de este precepto, pues se queda sin supuesto alguno de aplicación, violándose el principio de suprema normativa de la Constitución al generar la invalidez de una de sus disposiciones. Mientras razonar en el sentido de que el artículo 140º exceptúa al artículo 2º 1 no genera la invalidez de este, pues mantiene aplicabilidad en muchos otros supuestos, manteniéndose en este caso el principio de supremacía normativa de la Constitución incólume.

En definitiva, puede concluirse la siguiente meta-regla: *Tratándose de antinomias abstractas total-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico o cronológico de resolución de antinomias, y ante el deber de resguardar el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, habrá que apelar al criterio de*

especialidad, y, en consecuencia, interpretar que aquella que tenga un ámbito prescriptivo más específico, prima sobre aquella que tiene un ámbito prescriptivo más general (Meta-regla N.º 1).

Bajo este esquema, el referido caso se resuelve así: «Toda persona tiene derecho a la vida, a menos que sea válidamente condenada a pena de muerte en los casos de terrorismo y de traición a la patria que la ley determine». Como la antinomia puede ser resuelta de manera definitiva en abstracto a través del criterio de especialidad, la derrotabilidad jurídica no tiene lugar.

Puede darse el caso, sin embargo, que la antinomia abstracta entre disposiciones constitucionales sea parcial-parcial, y, en consecuencia, no pueda definirse con claridad cual tenga un ámbito prescriptivo más específico, por lo que el criterio de especialidad sea de imposible aplicación. El siguiente ejemplo puede servir para apreciar mejor esta posibilidad.

El artículo 56º 1 de la Constitución peruana establece que los tratados que versen sobre derechos humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República, aprobación que, desde luego, puede darse a través de los procedimientos ordinarios regulados en el Reglamento del Congreso. Sin embargo, el artículo 57º de la misma Norma Fundamental, establece lo siguiente: «Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República», es decir, en tales casos, el tratado debe ser aprobado a través del procedimiento agravado de reforma de la Constitución previsto en el artículo 206º.

Nótese que el artículo 56º 1 tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el ámbito prescriptivo del artículo 57º. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado de derechos humanos que no afecte disposiciones constitucionales. A su vez, el artículo 57º tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el ámbito prescriptivo del artículo 56º 1. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado que afecte disposiciones constitucionales que no verse sobre derechos humanos. Finalmente, apréciase que las disposiciones tienen un ámbito prescriptivo compartido. Se trata de los casos en los que deba aprobarse un tratado de derechos humanos que afecte disposiciones constitucionales.

Un ejemplo similar sería este. El artículo 181º de la Constitución peruana establece que «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». Por su parte, el artículo 200º 2 dispone que el proceso de amparo procede «contra el

hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza» los derechos fundamentales.

El artículo 181° tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el artículo 200° 2. Se trata de los casos en los que el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) emite una resolución que no vulnera o amenaza los derechos fundamentales. Por su parte, el artículo 200° 2 tiene un ámbito prescriptivo en el que no es de aplicación el artículo 181°. Se trata de los casos en los que un hecho que no tiene origen en una resolución del JNE vulnera o amenaza los derechos fundamentales. Y, finalmente, hay una situación en la que sus ámbitos prescriptivos se superponen. Se trata de los casos en los que el JNE emite una resolución que vulnera o amenaza los derechos fundamentales.

En los dos ejemplos, ninguna de las disposiciones constitucionales tiene un ámbito prescriptivo más específico. De ello derivan, cuando menos, dos consecuencias. La primera, bastante evidente, es que no es posible aplicar el criterio de especialidad para resolver esta antinomia. La segunda es que en el supuesto en que se dé la superposición normativa, sea que el intérprete se decante por la aplicación de una disposición o la de otra, el principio formal de supremacía constitucional no resultará comprometido, pues ambas mantendrán su validez al ser aplicables en determinados supuestos. Por tanto, en situaciones así, el caso debe resolverse apelando a los principios sustantivos de la Constitución, teniendo como parámetro jurídico último la defensa del principio de dignidad humana. Siendo ello así, en supuestos como el descrito la derrotabilidad jurídica tendrá lugar, pues, dependiendo del caso específico, a veces se impondrá uno y a veces el otro.

Así, la meta-regla sería la siguiente: *Tratándose de antinomias abstractas parcial-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que ninguna de las soluciones compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, determinándose cuál derrota a la otra (Meta-regla N.º 2).*

Tomando en cuenta el primer ejemplo, imagínese que el Congreso aprueba el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (2 PF-PIDCP), cuya única disposición sustantiva contenida en su artículo 1° consiste en declarar abolida la pena de muerte, a través del procedimiento ordinario, por considerar, simplemente, que se trata de un tratado que versa sobre derechos humanos. Se trata de una disposición que se opone a lo previsto en el artículo 140° de

la Constitución antes visto. La Resolución Legislativa que aprueba dicho tratado ¿es inválida o no?

Como se ha dicho, aquí ninguno de los razonamientos comprometería la supremacía normativa de la Constitución como principio formal. Por ende, resulta necesario acudir a principios constitucionales sustantivos para el razonamiento. Dicho razonamiento, expuesto brevemente, podría ser el siguiente:

Dado que el artículo 1º de la Constitución establece que el respeto por la dignidad humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, y que de conformidad con el artículo 32º está prohibida la supresión o disminución de los derechos fundamentales, en ningún caso es posible aprobar tratados que afecten derechos fundamentales, sino solo tratados que los optimicen. No es razonable asumir que el Constituyente ha deseado dificultar la aprobación de tratados que optimizan los derechos humanos. El 2 PF-PIDCP optimiza los derechos humanos⁵⁵⁸. Interpretar que la aprobación del 2 PF-PIDCP se encuentra regulada por el artículo 56º 1 la facilita; interpretar que se encuentra regulada por el artículo 57º la dificulta. Por tanto, la aprobación de la Resolución Legislativa es válida.

Nótese que el artículo 57º de la Constitución no sería invalidado bajo este planteamiento, pues sería claramente aplicable a los casos de tratados que afecten disposiciones constitucionales, pero en aspectos que no signifiquen la afectación de derechos fundamentales. Cuando esto último se presente se generará la derrotabilidad del artículo 57º de la Constitución.

Tomando en cuenta el segundo ejemplo, dado que la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales de la persona son el *prius* sustantivo del Estado Constitucional, resulta razonable que en casos de superposición los jueces, en la mayoría de casos, se decanten por la revisabilidad de las resoluciones del JNE⁵⁵⁹, generándose la derrotabilidad del artículo 181º de la Constitución.

Y aunque pareciera poco probable que tenga lugar en la práctica, no es imposible descartar los supuestos de antinomias total-total entre disposiciones constitucionales, es decir, casos en los que decantarse por una implica la absoluta ineficacia de la otra. Como es sencillo de entender, en tales casos, con prescindencia de cuál sea la decisión la supremacía normativa de la Constitución resulta afectada, pues solo una puede ser válida. Dicha validez tendría que ser resuelta aplicando principios sustantivos; en el caso de los Estados Constitucionales, apelando a la

⁵⁵⁸ El preámbulo del 2 PF-PIDCP indica que «la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y desarrollar progresivamente los derechos humanos».

⁵⁵⁹ Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional peruano, por ejemplo, en las SSTC 5854-2005-PA y 2730-2006-PA.

dignidad humana como última *ratio*. Nótese que no se tratará, sin embargo, de un supuesto de derrotabilidad, sino de invalidez jurídica.

De esta manera, en este caso, la meta-regla rezaría así: *Tratándose de antinomias abstractas total-total entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que cualquier solución compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, generándose la invalidez jurídica de una de las disposiciones (Meta-regla N.º 3).*

Imagínese que una disposición constitucional permite la pena de muerte para caso de terrorismo y otra la prohíbe. No quedará más remedio que determinar la validez de alguna apelando, en última instancia, a cuál resulta más acorde con el valor de la dignidad humana⁵⁶⁰.

Cuadro de resolución de antinomias constitucionales

	Principio formal: Supremacía jerárquica de la Constitución	Principios sustantivos: Dignidad y derechos fundamentales	Resultado
Antinomia total- parcial N1 vs. N2	✓	X	N2 exceptúa a N1
Antinomia parcial- parcial N1 vs. N2	X	✓	O N1 o N2 es derrotable
Antinomia total-total N1 vs. N2	X	✓	O N1 o N2 es inválida

⁵⁶⁰ El caso peruano no está muy lejos de una circunstancia así. El artículo 4.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíbe extender la aplicación de la pena de muerte «a delitos a los cuales no se la aplique actualmente». La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado que ello significa que cada paso normativo que los Estados parte dan camino hacia la abolición de la pena de muerte constituyen un punto de no retorno (cfr. Opinión Consultiva N° OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, párrafos 56 y 57). Pues bien, el artículo 140° de la Constitución al disponer la posibilidad de que la pena de muerte se aplique a los casos de terrorismo, amplió los supuestos de pena de muerte en relación con los que estaban previstos en la anterior Constitución de 1979, pues esta solo aceptaba la pena de muerte para los supuestos de traición a la patria en caso de guerra exterior. Dado que por interpretación del Tribunal Constitucional, los tratados sobre derechos humanos tienen rango constitucional (cfr. SSTC 0025-2005-PI –acumulados–, F. J. 26; 0005-2007-PI, F. J. 11; 0032-2010-PI, F. J. 76; entre otras), podría decirse que en este momento en el Perú existen dos disposiciones de rango constitucional absolutamente antinómicas: una que permite la pena de muerte en casos de terrorismo y otra que la prohíbe. Ahora bien, no obstante ello, el texto completo del artículo 140° constitucional es el siguiente: «La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, *conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada*» (cursiva agregada). Dado que el precepto somete su aplicación a su conformidad con los tratados de los que el Perú es parte, puede sostenerse que el mismo artículo resuelve la antinomia al ser –en lo que atañe al terrorismo– por así decirlo, un artículo que se *autoinaplica*. Y se dice que se *autoinaplica* y no se *autoinvalida*, puesto que dado que la antinomia es con una fuente de otro sistema jurídico, recuperaría aplicabilidad si el Perú denuncia la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cosa absolutamente inconveniente, pero jurídicamente posible.

2. La estructura del principio de proporcionalidad y la validez de normas infraconstitucionales.

A diferencia de lo que sucede con las normas constitucionales que solo aceptan una declaratoria de invalidez ante una hipotética y muy improbable antinomia total-total, predicar la invalidez de una disposición infraconstitucional, dado el principio de jerarquía normativa, es algo bastante más común. R. Alexy, sin ser el único ni el primero que se ha ocupado del principio de proporcionalidad⁵⁶¹, ha sido quien mejor la ha adaptado a una estructura de razonamiento para determinar cuándo una norma con rango de ley es o no inválida. Siguiendo lo expuesto por Alexy⁵⁶², puede decirse que para que una norma con rango de ley limitativa o restrictiva de un principio supere el *test* de proporcionalidad:

- a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida (que, desde luego, puede ser, y, de hecho, muchas veces es, la protección u optimización de otro principio);
- b) debe ser idónea para alcanzarla (sub-principio de idoneidad);
- c) debe ser necesaria, es decir, no debe ser evidente la hipótesis de una medida alternativa que limitando en menor medida (o llanamente sin limitar) el principio concernido, hubiese permitido alcanzar con igual o mayor idoneidad la finalidad perseguida (sub-principio de necesidad); y
- d) debe ser estrictamente proporcional o ponderada, es decir, el grado de incidencia sobre el principio limitado debe ser menor que el grado de satisfacción o importancia de la finalidad constitucional perseguida (sub-principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación)⁵⁶³.

⁵⁶¹ La bibliografía referida al principio de proporcionalidad y sus respectivos sub-principios (de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto) se ha convertido sencillamente en inabarcable. No obstante, es probable que el estudio más profundo sobre este tópico (cuando menos entre los existentes en lengua castellana) sea el realizado por C. Bernal en su libro *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ob. cit., el cual se basa en el enfoque alexyano sobre la materia.

Es del caso precisar que en lo que se sigue no se pretenderá realizar un análisis profundo de este principio o *test* –aspiración que escaparía a los objetivos de este estudio–. El objetivo, simplemente, es rescatar el sentido más o menos pacífico que existe con relación a cada uno de sus pasos para apreciar la medida en que contribuyen a determinar la validez o invalidez de una ley.

⁵⁶² Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 511 y ss. Una visión clara y resumida de la propuesta de Alexy puede verse en Bernal, C. «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales», en: E. Cáceres (et al., coordinadores), *Problemas contemporáneos de la Filosofía del Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México 2005, pp. 17 – 35.

⁵⁶³ Cfr. El Tribunal Constitucional peruano, así como otros tribunales en el mundo, se ha valido del *test* de proporcionalidad para analizar la constitucionalidad de una norma con rango de ley en una multiplicidad de ocasiones (cfr. SSTC 0034-2004-PI, F. J. 63; 4119-2005-PA, F. J. 70; 1209-2006-PA, F. J. 56; 1576-2007-PA, F. J. 9; 0001-2008-PI, FF. JJ. 18 – 19; 3610-2008-PA, F. J. 39; 0032-2010-PI, F. J. 30; entre otras). El *test* también ha sido utilizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas sentencias (cfr. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 164; Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 56; Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones

Se trata de pasos preclusivos de modo tal que si no se supera uno, no es ya necesario continuar con el siguiente. Se aprecia que dado que solo el paso d) exige ponderar, no es correcto asociar siempre la determinación de si ha sido violado o no un principio constitucional con el uso de la ponderación entre principios.

2.1 Finalidad válida.

Una de las primeras cuestiones que derivan del principio de proporcionalidad es que ninguna ley puede perseguir una finalidad que se encuentre constitucionalmente prohibida. Si bien el fin último del Estado Constitucional es la defensa de la dignidad humana, está claro que no toda medida adoptada por el legislador debe tener como objetivo directo optimizarla. La Constitución no es una norma con vocación de regulación exhaustiva. Tal concepción de Constitución «asfixiaría» las competencias de los poderes públicos, asumiendo que no tienen ningún margen de apreciación al ejercerlas. Como irónicamente sostuvo en su momento E. Forsthoff para oponerse a una concepción reglamentista de Constitución, ella no es «un huevo jurídico originario» del que todo surge, «desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros»⁵⁶⁴.

La Constitución del Estado Constitucional tiene un marco de valores exigente, pero lo suficientemente abierto para dejar un margen muy significativo de apreciación política al legislador para determinar los medios que permitan optimizarlos e incluso para definir fines alternativos siempre que no afecten los principios constitucionales. Como bien refiere Alexy, «[l]o que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución, es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible»⁵⁶⁵. Es decir, es tan importante tener en cuenta que hay un espectro ordenado y prohibido por la Constitución, como recordar que hay otro ámbito, muy amplio por cierto, en el que el curso de acción es determinado por el margen de acción epistémico de los poderes públicos.

De esta manera, las reglas infraconstitucionales pueden tener muchas finalidades constitucionalmente posibles (además de algunas que son

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, párr. 174; Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de Junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 216 y ss.).

⁵⁶⁴ Cfr. Forsthoff, E., *El Estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

⁵⁶⁵ Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 519.

constitucionalmente obligatorias), pero hay otras que se encuentran prohibidas por suponer la violación de principios constitucionales⁵⁶⁶.

Así, es posible plantear la siguiente meta-regla: *Si una regla infraconstitucional tiene una finalidad prohibida por un principio, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto (Meta-regla N.º 4).*

Es decir, no se trata de una regla a la que es difícil encontrar teleológicamente un principio subyacente, sino de una regla cuyo principio subyacente se encuentra constitucionalmente prohibido. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional peruano tuvo que ocuparse del análisis de constitucionalidad de la regla que establecía que aquel que tuviere relaciones sexuales con un menor de edad entre 14 y 18 años, sería sancionado a pena privativa de libertad de 25 años. La finalidad de la norma, según lo había reconocido el propio legislador y tal como fue advertido por el Tribunal Constitucional, era proteger la *indemnidad sexual* del menor de edad entre 14 y 18 años, es decir, la imposibilidad absoluta de que un menor de edad entre 14 y 18 años tenga relaciones sexuales, con prescindencia de si lo hacía voluntariamente o no. Aunque el Tribunal Constitucional avanzó en los pasos del *test* de proporcionalidad para concluir la inconstitucionalidad de la norma⁵⁶⁷, lo cierto es que, tal como lo dejó establecido el propio Tribunal, el fin perseguido es inconstitucional por implicar que el menor de edad entre 14 y 18 años carece de cualquier nivel de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito de su sexualidad. En consecuencia, la regla es inválida.

2.2 Idoneidad.

Siguiendo los criterios del principio de proporcionalidad, también es posible concluir lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, pero no es idónea para alcanzarla, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto (Meta-regla N.º 5).*

⁵⁶⁶ U. Indacochea prefiere referirse a esto como principio de razonabilidad. A su juicio «la razonabilidad implica evaluar una determinada medida desde el punto de vista de su *justificación racional*, consideramos que debe ser entendida como un paso previo al análisis de proporcionalidad, que consista en verificar que toda medida que limite o restrinja la libertad o los derechos fundamentales, se encuentre justificada en la consecución de un fin legítimo. En tal sentido, la razonabilidad permitiría rechazar todas aquellas medidas que carezcan totalmente de explicación, que sean manifiestamente absurdas o que se justifiquen en la búsqueda de objetivos proscritos por nuestro texto constitucional, de manera explícita o implícita» (cfr. Indacochea, U., «¿Razonabilidad, proporcionalidad o ambos? Una propuesta de delimitación de sus contenidos a partir del concepto de ponderación», en: *Temis*, N.º 55, 2008, p. 107. La cursiva es del original).

⁵⁶⁷ Cfr. STC 0008-2012-PI, F. J. 15 y ss.

Por ejemplo, la penalización de la interrupción del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual, tiene, en el caso peruano, un fin constitucionalmente protegido como es la protección de la vida del concebido (artículo 2° 1 de la Constitución). Sin embargo, los estudios demuestran que en tales casos el nivel de vejación que supuso el acto que dio origen al embarazo y el nivel de instrumentalización que conlleva la obligación de continuarlo, generan tal incidencia en la integridad personal y en la dignidad de la mujer, que la penalización no disuade de la realización del aborto si finalmente se decide llevarlo a cabo. Son otras razones, de carácter ideológico, las que muchas veces generan dudas acerca de si debe ser realizado⁵⁶⁸.

2.3 Necesidad.

Puede, asimismo, señalarse lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, y es idónea para alcanzarla, pero otra hipotética regla hubiera alcanzado dicha finalidad con igual o mayor eficacia, y limitando menos o no limitando el principio, entonces, la regla es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto (Meta-regla N.º 6).*

Alexy ha ejemplificado esta situación con la sentencia del Tribunal Constitucional federal alemán que debió analizar la constitucionalidad que prohibía las golosinas hechas con arroz inflado con el objetivo de proteger al consumidor y que este no confunda estas golosinas con aquellas que están hechas de chocolate. El fin es válido y desde luego la prohibición evitará la confusión del consumir, pero claramente el mismo fin podía alcanzarse de modo igualmente efectivo, pero restringiendo menos la libertad de empresa, obligando a informar claramente cómo estaban hechas las golosinas⁵⁶⁹.

Algo que el Tribunal Constitucional peruano ha destacado muchas veces y que es de recibo recordar es que

«al momento de apreciar la existencia o no de medios alternativos a los adoptados por el legislador, que restrinjan menos los derechos fundamentales, pero cumpliendo con igual o mayor eficacia el fin buscado, el Tribunal Constitucional debe actuar bajo el principio de auto-restricción

⁵⁶⁸ Cfr. Holmes, M. M. (et. al.) «Rape-related pregnancy: estimates and descriptive characteristics from a national sample of women», en: *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 1996, N.º 175, p. 320 y ss.

⁵⁶⁹ Cfr. Alexy, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», traducción de J. Portocarrero, revisada por C. Bernal, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 91, Enero-Abril, 2011, pp. 14 – 15.

(*selfrestraint*), dado que el establecimiento de un umbral demasiado exigente al momento de valorar el cumplimiento del subprincipio de necesidad, puede culminar “asfixiando” las competencias del legislador en la elección de los medios más adecuados para la consecución de los fines constitucionalmente exigibles, generándose por esa vía una afectación del principio democrático representativo (artículo 93° de la Constitución) y una inobservancia del principio de corrección funcional al momento de interpretar la Constitución y la leyes de conformidad con ésta»⁵⁷⁰.

Este criterio del Tribunal Constitucional peruano, parece estar sustentado en lo que Alexy denomina «margen de acción epistémico» en los exámenes de idoneidad y de necesidad de una medida orientada a la consecución de fines constitucionalmente válido, que no es otra cosa más que el margen de libre apreciación que tiene el legislador para elegir entre varias alternativas potencialmente adecuadas para perseguir el fin⁵⁷¹. En otras palabras, si existen dudas razonables sobre si la regla es idónea o no para alcanzar el fin válido perseguido, o sobre si existía una regla hipotética alternativa que hubiera permitido alcanzar con igual eficacia el fin, pero restringiendo menos el principio sobre el que incidía la regla controlada, entonces, esta ha superado los primeros tres pasos del *test*. Es interesante observar que este margen de acción constituye un principio formal a favor de la democracia, que limita una visión excesivamente sustantivista de la Constitución por parte del juez⁵⁷².

2.4 Estructura de la ponderación.

Si una norma con rango de ley cumple con los tres primeros pasos del *test*, se hace necesario ponderar. Tal como refiere Alexy, «la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad»⁵⁷³. Y en ese sentido es preciso tener en cuenta que la ponderación puede dividirse en tres pasos: «En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de la afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro»⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Cfr. STC 0032-2010-PI, F. J. 119.

⁵⁷¹ Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 527.

⁵⁷² Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 547 y ss.

⁵⁷³ Cfr. Alexy, R., «La fórmula del peso», en: *Teoría de argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ra. edición ampliada, traducción de C. Bernal, Palestra, Lima, 2007, p. 457.

⁵⁷⁴ Cfr. Alexy, R., «La fórmula del peso», ob. cit., p. 460. Alexy entiende que la decisión deberá ser consecuencia de una razonada observancia de la que denomina *ley de la ponderación*, según la cual: «Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro» (cfr. *Idem*).

Se trata pues de una comparación de los pesos axiológicos derivados de las razones que provienen de los principios enfrentados. Desde luego, como ya ha advertido Morero la idea de «peso» en la ponderación es una alusión metafórica:

«[I]a idea de que la aplicación de principios en conflicto se resuelve mediante la ponderación, esto es, la asignación de pesos distintos a los principios para averiguar cuál tiene más fuerza, es obviamente tan solo una metáfora. Mientras es una verdad empírica que para cualquiera dos objetos materiales, *a* y *b*, podemos establecer una relación de ordenación conexa y transitiva con el predicado *ser igual o más pesado que*, puesto que es verdad que o bien *a* es igual o más pesado que *b* o viceversa y también es verdad que si *a* es igual o más pesado que *b*, y *b* es igual o más pesado que *c*, entonces *a* es igual o más pesado que *c*; no es obvio que lo mismo ocurra con los principios en conflicto. Algunas veces, por ejemplo, el principio que establece la libertad de información está en conflicto con el principio que protege el derecho al honor, pero no es evidente que podamos establecer una relación de ordenación entre estos principios de forma análoga a la relación de ordenación relativa al peso entre objetos materiales»⁵⁷⁵.

De esta forma, esta alusión a los pesos axiológicos no es otra cosa más que un llamado a la argumentación para que en los casos en los que resulte necesaria la ponderación se busque justificar en base a convenciones jurídicas de la manera más pormenorizada posible por qué se considera que un principio debe ser aplicado derrotando a otro cuyo contenido prescriptivo, *prima facie*, también resultaba aplicable.

En una interpretación más o menos libre de lo que para tales efectos plantea Alexy⁵⁷⁶, puede decirse que para evaluar tales pesos de los principios en conflicto, deben tomarse en cuenta tres criterios:

- a) La intensidad de la afectación (IA) de los principios a la luz del caso concreto. Tales intensidades serán leve (L) cuyo peso es de 1, media (M) cuyo peso es de 2 o intensa (I) cuyo peso es de 4.
- b) El valor abstracto (PA) que, a criterio del intérprete, el principio ostenta en la sociedad. Tal peso será leve (L) cuyo peso es de 1, medio (M) cuyo peso es de 2 o intenso (I) cuyo peso es de 4.
- c) La seguridad de los datos empíricos sobre su afectación (SDEA), es decir, que tanto está probado, a la luz de las circunstancias del caso, que los principios se afectarían. Tal seguridad, en su intensidad, será expresada de la siguiente manera: seguro (S) cuyo peso es de 1, plausible (P) cuyo peso es de ½ o falso (F) cuyo peso es de ¼.

⁵⁷⁵ Cfr. Moreso, J. J., «Conflicto entre principios constitucionales», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., p. 105

⁵⁷⁶ Cfr. Alexy, R., «Epílogo», en: *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit. p. 529 y ss.

De esta forma, la expresión del peso de un principio (Pa) en relación con otro principio (Pb), queda representada en una fórmula de la siguiente manera:

$$\frac{IA^{Pa}(L1/M2/I4) \cdot PA^{Pa}(L1/M2/I4) \cdot SDEA^{Pa}(S1/P'_{1/2}/F'_{1/4})}{IA^{Pb}(L1/M2/I4) \cdot PA^{Pb}(L1/M2/I4) \cdot SDEA^{Pb}(S1/P'_{1/2}/F'_{1/4})}$$

Nuevamente, sería un error asumir que en esta fórmula⁵⁷⁷ subyace la idea de que el razonamiento jurídico puede generar un resultado bajo los patrones de un cálculo matemático. Tal como refiere Alexy, «[e]sto sería una comprensión errónea del rol que tiene la fórmula del peso. Los números introducidos no sustituyen a los juicios o proposiciones, sólo los representan. Un ejemplo de esto vendría a ser la proposición: “La restricción de la libertad de expresión es grave”. Esta proposición tiene que ser justificada. Esto puede ser hecho solamente mediante argumentos. En ese sentido, la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico»⁵⁷⁸.

Un ejemplo puede ayudar a clarificar cuándo resulta necesario ponderar para analizar la validez o invalidez de una regla legal. En el sistema jurídico peruano, el artículo 20° del Decreto Ley N.° 25475 disponía que los condenados por terrorismo debían cumplir la pena privativa de libertad «con aislamiento celular continuo durante el primer año de su detención» (R), un régimen carcelario que daba lugar a la absoluta incomunicación y aislamiento del recluso con respecto a cualquier persona fuera del establecimiento penitenciario, salvo con que se trate de su abogado defensor⁵⁷⁹.

Un juez penal no deliberativo, es decir, uno que antes de aplicar una ley no se pregunta sobre su compatibilidad o no con los principios constitucionales, al condenar a una persona por terrorismo asumiría simplemente que el referido aislamiento va a formar parte de su régimen penitenciario. Por el contrario, un juez deliberativo podría interrogarse sobre los principios que R limita y sobre los principios subyacentes que busca satisfacer, en este último caso, aplicando una interpretación teleológica.

Puede considerarse que R limita el derecho a la integridad personal del recluso, incluyendo –podría considerarse– la prohibición de que la ejecución de las penas constituyan tratos crueles e inhumanos que provoquen el envilecimiento en la persona (P1).

Sobre las razones subyacentes de R, un juez podría concluir que la regla llanamente pretende causar sufrimiento al recluso. Si ese fuera el caso, R perseguiría

⁵⁷⁷ La cual por cierto puede ser expresada incluso de una manera aún más pormenorizada que como la plantea Alexy. Así lo ha intentado C. Bernal en su trabajo «La racionalidad de la ponderación», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.° 77, Mayo- Agosto, 2006, pp. 51 – 75.

⁵⁷⁸ Cfr. Alexy, R., «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», ob. cit., p. 17.

⁵⁷⁹ El cual, por cierto, no podía encontrarse asesorando a otra persona procesada o condenada por terrorismo (artículo 2°, inciso c), del Decreto Ley N.° 25744.

un fin constitucionalmente prohibido y sería inválida por violar la regla de erradicación del sufrimiento derivada de la dignidad humana, tratada en el capítulo 2. No obstante, el juez también podría considerar que la razón subyacente consiste en evitar, cuando menos durante el tiempo que permita la acción de las fuerzas de seguridad, que el contacto con el exterior del penado pueda dar lugar a planear nuevos atentados contra la seguridad personal y la democracia (P2). Si se presenta razonablemente esta dualidad de posibilidades, el juez, bajo el *principio de interpretación conforme con la Constitución*, tiene la obligación de interpretar la disposición legal en el sentido que mejor acomode las (presumidas) intenciones del legislador con los principios constitucionales. Es decir, en este caso, tendría el deber de interpretarla en el segundo sentido narrado.

Adicionalmente, si bien puede pensarse en diversas medidas alternativas que incidirían menos en el derecho a la integridad personal del recluso, no lo harían con la misma eficacia con la que el asilamiento celular garantiza la seguridad y la estabilidad democrática.

Pues bien, si a criterio del juez la afectación de P1 que R genera tiene mayor peso que la satisfacción que genera sobre P2, entonces R es inválida, de lo contrario será válida⁵⁸⁰. Puede asumirse que en abstracto los dos principios (proteger la seguridad y la democracia, y proteger la integridad personal) tienen un valor intenso. El asunto parece clarificarse si se toma en cuenta que el aislamiento celular continuo representa una afectación segura de la integridad personal, y solo es plausible que contribuya con la seguridad y con la protección de la democracia. Con lo cual a luz del caso genérico regulado por la norma la intensidad en la afectación de la integridad personal, resulta mayor que la potencial satisfacción de los principios perseguidos. Puede concluirse, entonces, que R es inconstitucional.

En tal circunstancia, si R hubiese sido sometida a un proceso de inconstitucionalidad (allí donde este proceso existe) tendría que ser expulsada del sistema jurídico y dejada sin efecto *erga omnes*⁵⁸¹. Si se tratara de un caso concreto, y se está en el ámbito de un sistema que tiene establecido el poder-deber jurisdiccional del control difuso de constitucionalidad de las normas, el juez tendría que inaplicar R,

⁵⁸⁰ El razonamiento hasta aquí desplegado es sustancialmente análogo a lo que A. Ródenas denomina una análisis de «derrotabilidad en el nivel de las justificaciones subyacentes a las reglas» (cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 40 – 44).

⁵⁸¹ De hecho, así lo consideró el Tribunal Constitucional peruano (cfr. STC 0010-2002-PI, FF. JJ. 217 – 224). Aunque, en este caso, lo entendió así porque, a su juicio, la ley tenía como exclusivo objeto generar sufrimiento: «Siendo el ser humano un ser social por naturaleza, la privación excesiva en el tiempo de la posibilidad de relacionarse con sus pares genera una afectación inconmensurable en la psiquis del individuo, con la perturbación moral que ello conlleva. Dicha medida no puede tener otro fin más que la humillación y el rompimiento de la resistencia física y moral del condenado, propósito, a todas luces, inconstitucional» (F. J. 221).

y, en aplicación directa del derecho a la integridad personal, disponer la prohibición del aislamiento celular continuo.

Así, una regla que sea representativa en abstracto de una adecuada ponderación llevada a cabo por el legislador es jurídicamente válida, de lo contrario es inválida.

De esta manera, puede afirmarse lo siguiente: *Si una regla infraconstitucional cumple con los criterios de validez derivados de las meta-reglas 4, 5 y 6, y representa una racional ponderación entre el principio que limita y el que pretende optimizar, entonces, es válida, y resulta derrotado el principio limitado. Si representa una irracional ponderación la regla es inválida (Meta-regla N.º 7).*

3. Convenciones y ponderación.

Hasta ahora se conoce en qué consiste la ponderación, cuándo debe utilizársela y cuál es su estructura. Pero el reto más significativo se encuentra en darle un sentido racional a las justificaciones que se brinden para asignarle un peso o importancia a los principios en conflicto. Recuérdese que de conformidad con el planteamiento de Alexy son tres los pesos que se comparan de los principios enfrentados: a) el que deriva de las circunstancias del caso; b) el que quepa asignar a los principios en abstracto; y c) el que derive de la seguridad de los datos empíricos sobre su afectación o satisfacción.

Quizá de los tres criterios que se proponen para analizar ese nivel de incidencia, el atinente a la seguridad de los datos empíricos es el que no requiere una valoración de los principios en juego, pues se circunscribe al análisis sobre si los hechos en efecto se han producido o pueden producirse. Desde luego, con ello no se pretende afirmar que se trate de un análisis absolutamente objetivo, pues muchas veces ello está sujeto a una valoración probatoria que no es ajena a la subjetividad en distintos niveles, a cuestiones probabilísticas, a juicios aproximativos, etc.⁵⁸².

Con relación a la asignación de los pesos abstractos a los principios concernidos, es decir, más allá de las circunstancias del caso específico, cobrarán relevancia influencias ideológicas. Como bien razona Bernal, para ejemplificar lo dicho, «un juez más individualista otorgará a la libertad general de acción y a las libertades específicas el peso abstracto más alto y a los principios que tengan que ver con la

⁵⁸² Cfr. Ferrer, J. *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

colectividad un peso menor. Lo contrario hará un juez que actúe bajo el prurito de lograr la construcción, la integración y la defensa de la comunidad»⁵⁸³.

Otro tanto ocurrirá en el momento de tener que determinar el nivel de incidencia sobre los principios enfrentados, atendiendo a las particulares circunstancias del caso. También aquí la subjetividad del intérprete tendrá un importante protagonismo. Aunque el hecho de que en este momento del análisis deban considerarse la propiedades específicas del caso individual planteado, permite utilizar otros casos paradigmáticos análogos y sobre los que existan convenciones claras acerca de su solución, como guía del razonamiento.

Con el objetivo de reducir en la mayor medida de lo posible la subjetividad del operador del Derecho (sin que, desde luego, pueda ser eliminada del todo), dotar de la mayor racionalidad posible a las justificaciones que se brinden acerca de los niveles de incidencia de un hecho o una regla sobre los principios en conflicto —o, lo que es lo mismo, sobre sus «pesos»—, y generar que las valoraciones a que haya lugar no se desenvuelvan más allá de las fronteras del Derecho, se considera indispensable que tales justificaciones se encuentren amparadas en *convenciones*.

3.1 Convencionalismo profundo, coherencia y racionalidad.

Desde luego, no es el objetivo de este estudio realizar un análisis pormenorizado de las clases existentes y las condiciones que deben cumplir ciertas convenciones humanas para formar parte del fenómeno jurídico⁵⁸⁴. No obstante, sin perjuicio de ello, sí resulta importante destacar que existen algunas de ellas que pueden contribuir significativamente para aportar racionalidad a los argumentos ponderativos que diriman los conflictos entre principios, y, por consiguiente, que determinen la derrota de alguno de ellos. Se trata de las que, siguiendo a Bayón⁵⁸⁵, pueden ser denominadas convenciones superficiales (nivel 1), convenciones interpretativas (nivel 2) y convenciones profundas (nivel 3).

En el ámbito del Derecho, se entiende por convenciones superficiales, los acuerdos existentes acerca del sentido de las normas jurídicas o sobre el nivel de incidencia que un acto puede generar sobre el valor instituido por la norma⁵⁸⁶. Se asume que la mayoría de reglas existentes en un sistema jurídico se sostiene sobre

⁵⁸³ Cfr. Bernal, C., «La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales», ob. cit., p. 32.

⁵⁸⁴ Sobre ello, cfr. Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, ob. cit.

⁵⁸⁵ Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», ob. cit., p. 76 y ss.

⁵⁸⁶ Cfr. Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», ob. cit., p. 76.

esta clase de convenciones, de lo contrario el Derecho carecería de la posibilidad de regular con eficacia la conducta humana.

Las convenciones interpretativas, son acuerdos con sentido prescriptivo que permiten resolver desacuerdos sobre el sentido de las normas jurídicas o sobre el nivel de incidencia que un acto puede generar sobre el valor instituido por la norma⁵⁸⁷.

Las convenciones profundas son las menos evidentes, pero las más importantes, puesto que su contenido no solo permite solucionar desacuerdos sobre el sentido del Derecho, sino que además puede permitir advertir la invalidez de una convención más superficial. Se parte de la idea de que se trata de acuerdos no empíricamente constatables, sino potenciales. Su sentido prescriptivo exige considerar que su trasfondo se funda en la moral fundamental legalizada apreciada con actitud deliberativa⁵⁸⁸.

Aquí se entiende que en el espacio de los Estados Constitucionales, para arribar al contenido de una convención profunda resulta esencial el correcto entendimiento que se tenga del sentido de dignidad humana, en su correlación con el entendimiento del ser humano como sujeto con autonomía moral y como fin en sí mismo. Confundir la dignidad con uno de los derechos que fundamenta puede llevar, por ejemplo, a considerar injustificadamente que dicho derecho tiene un peso abstracto mayor que otro. O, peor aún, considerar que un derecho y no la dignidad es el fundamento axiológico de otros, puede llevar también erróneamente a darle un sitial en abstracto preeminente.

Cuando en el capítulo 2 se asoció el concepto de dignidad humana con el imperativo kantiano, es porque aunque no se le considera el único concepto de dignidad posible, sí se entiende que es el mejor entre los conocidos, pues se considera que bajo sus postulados todos los seres humanos pasan a ser *igualmente dignos por su sola condición de seres humanos*, sin consideraciones de otra índole, sean metafísicas o empíricas, lo cual inmediatamente agregaría visos de desigualdad a la tesis alternativa, afectando el valor de universalidad del concepto. Parece ser una razón suficientemente poderosa. Quizá no la más poderosa, pero sí la más poderosa

⁵⁸⁷ Arena sostiene que la práctica compartida sobre el uso de ciertos métodos interpretativos, puede ser denominada también convención constitutiva (cfr. *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, ob. cit., p. 258), en alusión al concepto utilizado por A. Marmor en *Social conventions. From language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

⁵⁸⁸ Si cabe definir un caso difícil como aquel en el que no existe convención explícita alguna sobre su solución, entonces, la actitud deliberativa que procure eliminar el velo y apreciar el contenido de una convención profunda en la solución del caso, debe estar presidida por el siguiente principio regulador postulado por Aarnio: «Cuando se trate de un caso difícil procura alcanzar una solución y justificación, de forma tal que la mayoría de los miembros de una comunidad jurídica que piensen de forma racional puedan aceptar tu punto de vista y tu justificación» (cfr. Aarnio, A., «¿Una única respuesta correcta?», ob. cit., p. 44).

moralmente entre las conocidas y es por ello que se considera que es el sentido de dignidad humana que acoge el constitucionalismo liberal.

Se considera que el concepto de dignidad humana desarrollado en el capítulo 2, no es consecuencia de un convencionalismo empírico o explícito, que en tanto hecho convencional tendría en los términos de J. Coleman y B. Leiter, cuando menos, una «objetividad mínima»⁵⁸⁹; es consecuencia de un convencionalismo más profundo, asociado a una deliberación en el espacio de una moral ideal que, cuando menos, en lo que atañe al reconocimiento normativo de la defensa de la dignidad humana como valor jurídico último, en los Estados Constitucionales se trata también de una moral legalizada.

De esta manera, el convencionalismo profundo cifrado en la dignidad, guarda relación estrecha con la mejor definición que Rawls dio del concepto de «equilibrio reflexivo». El autor afirmaba que una cosa es definir ese equilibrio sobre la base de los juicios existentes, es decir, podría decirse, sobre la base de convenciones explícitas, y otra cosa explorarlo sobre la base de todas las descripciones posibles a las cuales las personas pueden adecuar sus juicios, junto con todos los argumentos filosóficos pertinentes, es decir, podría decirse, sobre la base de convenciones más profundas. Afirmaba que «[e]n el primer caso estaríamos describiendo el sentido de la justicia de una persona más o menos como es (...); en el segundo caso el sentido de la justicia de una persona puede o no sufrir un cambio radical. Claramente, en la filosofía moral nos ocupamos de esta segunda clase de equilibrio reflexivo»⁵⁹⁰.

Ahora bien, que ello haya sido planteado en el campo de la filosofía moral, no significa que, con los matices que correspondan, no pueda ser planteado en el ámbito de la filosofía del Derecho, e incluso, de la teoría del Derecho. S. Hurley, por ejemplo, ha realizado ese esfuerzo para tratar de generar una estructura argumentativa que permita resolver los casos en los que existe un conflicto entre principios normativos explorando en convenciones más profundas a partir de casos paradigmáticos. Su idea, bajo un enfoque *coherentista y holístico*, es que dado que los mismos principios reeditan sus conflictos en variados casos y algunos generan acuerdos y otros no, explorar detenidamente en las razones que generaron los acuerdos en los primeros, progresivamente, puede permitir arribar a un acuerdo en los segundos.

⁵⁸⁹ Cfr. Coleman, J y Leiter, B., «Determinacy, objectivity and authority», en: A. Marmor (editor), *Law and interpretation. Essays in Legal Philosophy*, Oxford Clarendon Press, Londres, 1995, p. 253.

⁵⁹⁰ Cfr. Rawls, J., *Teoría de la justicia*, ob. cit., pp. 57 -58.

Resumidamente, y adaptándolo al lenguaje de la confrontación entre principios, su planteamiento se estructuraría en los siguientes pasos⁵⁹¹:

- a) Determinación de los principios en conflicto.
- b) Determinación del contenido de los principios que generaría el conflicto, exponiendo las razones que lo generan.
- c) Determinación de casos paradigmáticos reales o hipotéticos, cuya resolución no despierte mayor controversia, en los que los mismos principios se enfrenten o en los que vuelvan a evidenciar las razones que generan el conflicto a resolver.
- d) Determinación, a manera de distintas hipótesis, de cuáles fueron las propiedades de los casos paradigmáticos que permitieron resolver la controversia en un determinado sentido, y detectar el peso con el que se presentan (si es que se presentan) en el caso que debe resolverse.
- e) Determinación de la solución del caso a resolver a la luz de la mejor de las hipótesis.

Los pasos c) y d) pueden ingresar en una articulación holística o circular hasta ubicar la mejor de las hipótesis⁵⁹². Aunque Hurley no lo plantea en estos términos, puede afirmarse que la idea es que los pasos c) y d), permitan que las interpretaciones que dan lugar al desacuerdo del paso b) sean reformuladas a la luz del surgimiento de convenciones que se encontraban en un estadio más profundo, y que permiten resolver el conflicto. Como se decía, en el caso de los Estados Constitucionales, estas últimas, en definitiva instancia, deben ser compatibles con el valor de la dignidad humana.

De esta manera, aunque la valoración jurídica verse sobre conceptos esencialmente controvertidos, puede ser perfectamente racional si se respetan los criterios planteados por Alexy y Hurley, y siempre y cuando se tome en cuenta, adicionalmente, lo siguiente: 1) debe ser una valoración que se desenvuelva sobre una moralidad *reconocida jurídicamente*. 2) debe manifestarse en una confrontación de razones normativas cuya existencia y peso se hagan *explícitas* en la fundamentación jurídica. 3) debe estar presidida por el *principio de universalidad*, conforme al cual hay

⁵⁹¹ Cfr. Hurley, S., *Natural Reasons. Personality and Polity*, Oxford University Press, Londres, 1989, p. 211 y ss. También, Hurley, S., «Coherence, hypothetical cases and precedent», en: *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990, pp. 221 – 251.

⁵⁹² Es imposible dejar de apreciar parciales y significativas semejanzas entre el planteamiento coheretista de Hurley y la visión de R. Dworkin del Derecho y la interpretación como integridad y coherencia (una «coherencia de principio», diría el autor norteamericano –cfr. Dworkin, R., *Law's Empire*, ob. cit., p. 139). Sobre esta perspectiva en Dworkin, puede verse Marmor, A., «Coherencia, holismo e interpretación: el fundamento epistémico de la teoría jurídica de Dworkin», en: *Interpretación y teoría del Derecho*, traducción de M. Mendoza, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 87 y ss.; también Delgado Pinto, J., «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración», en: *Derechos y libertades*, N.º 11, 2002, p. 15 y ss.

que interpretar y aplicar el Derecho de acuerdo con criterios a los que, por considerarlos correctos, se acudiría nuevamente en los futuros casos sustancialmente análogos.

Si la ponderación de razones normativas enfrentadas en un caso concreto respeta estos criterios (y así debe ser), no se ve por qué ella tendría que resultar incompatible con la racionalidad⁵⁹³. Es cierto que no se tratará de una racionalidad que busque fundamentar una moral *objetiva*⁵⁹⁴, pero sí de una racionalidad que busque fundamentar una moral *correcta*. Se trata en consecuencia de afincarse en un no-cognoscitismo prescriptivista⁵⁹⁵, en el que el juez no tiene por qué ser visto como un paladín de las demostraciones científicas⁵⁹⁶, sino como el guía de una deliberación en base a razones provenientes del ordenamiento y explicitadas en la sentencia⁵⁹⁷. Y, a su vez, alejarse de un no-cognoscitismo emotivista conforme al cual, necesariamente, los juicios morales (y, en este caso, también jurídicos) «tienen por significación corroborar nuestros propios sentimientos puramente subjetivos»⁵⁹⁸.

3.2 Los criterios puestos a prueba.

Por supuesto, aunque la estructura argumentativa de Hurley parece bastante racional, no se considera que siempre sea necesario acudir a ella. En primer lugar, porque quizá el caso pueda resolverse sin necesidad de ponderar, bajo algunos de los tres primeros pasos del *test* de proporcionalidad alexyano⁵⁹⁹. Y, en segundo lugar, porque aunque a veces resulte inevitable llegar a la ponderación, es posible que las convenciones explícitas permitan fundamentar el peso asignado a la incidencia sobre

⁵⁹³ Prieto refiere con razón que «conviene distinguir entre los factores emotivos o intuitivos que pueden pesar en una decisión judicial y su proceso de justificación; que la primera cuestión tal vez solo pueda dilucidarse en la consulta de un psiquiatra, no impide que la segunda sea controlable desde parámetros de racionalidad» (cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 177).

⁵⁹⁴ Es acertado ponerse a buen recaudo de una concepción objetiva de la moral. El objetivismo o cognoscitismo moral, como se sabe, tiene una estrecha relación con el *iusnaturalismo*. Kelsen lleva razón cuando afirma que en defensa del *iusnaturalismo* se ha llegado a resultados muy diferentes y contradictorios: «Locke ha deducido de la naturaleza la democracia, Filmer la autocracia, Cumberland la propiedad privada y Morelly la propiedad colectiva. Con los métodos de la teoría del Derecho natural (...) se puede probar todo y, por lo tanto, no se prueba nada» (cfr. Kelsen, H., «Justicia y Derecho natural», en: H. Kelsen (et al.), *Crítica del Derecho natural*, traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, p. 42).

⁵⁹⁵ Sobre el no-cognoscitismo prescriptivista, cfr. Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 27.

⁵⁹⁶ Como bien ha sostenido C. Bernal esto sería confundir la racionalidad que puede serle exigida al razonamiento jurídico, con la «hiperracionalidad»: «Alguien es hiperracional cuando no reconoce que la racionalidad tiene sus límites» (cfr. Bernal, C., «La racionalidad de la ponderación», ob. cit., 55).

⁵⁹⁷ Cfr. Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), reimpresión, traducción de I. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 10 y ss.

⁵⁹⁸ Cfr. Höffe, O. (editor), *Diccionario de Ética*, traducción de J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1994, p. 185.

⁵⁹⁹ D. Martínez ha sostenido que la estructura argumentativa planteada por S. Hurley es alternativa al principio de proporcionalidad (cfr. Martínez, D. «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 86, Mayo – Agosto, 2009, p. 123). Aquí se considera más bien que se trata de propuestas complementarias.

un principio, en virtud de su manifiesta correspondencia con las exigencias de la dignidad humana.

Por ejemplo, piénsese en el caso en el que un programa de televisión expuso imágenes de una mujer muy conocida en el mundo del espectáculo teniendo relaciones sexuales en un cuarto de hotel, previo pago por el encuentro. La conductora del programa televisivo se amparaba en la libertad de información, pues afirmaba que había revelado a través de esas imágenes que una persona pública se dedicaba al meretricio clandestino, la cual era una conducta ilícita. Consideraba que revelar las violaciones del sistema jurídico por parte de una persona pública, claramente era un asunto de interés público, más aún si habían cuestiones de salubridad involucradas, motivo por el cual tales revelaciones se encontraban protegidas por el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de información. Así, la exposición de las imágenes perseguía una finalidad constitucionalmente válida (revelar ante la opinión pública la violación del Derecho por parte de una persona pública), fue idónea para alcanzarla (la opinión pública quedó convencida de dicha violación), y era necesaria, en el sentido de que si bien podría pensarse en otras medidas menos limitativas del derecho a la intimidad, ellas no hubiesen permitido alcanzar la finalidad con el mismo grado de eficacia con la que se conseguía exponiendo las imágenes.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional peruano razonó de la manera siguiente:

«... la proscripción de la prostitución clandestina en aras de proteger la defensa de la salud pública, prevista en el artículo 7° de la Constitución, puede ser materia de control mediático, pero la utilización de imágenes que exponen partes íntimas de la querellada no puede considerarse como válida porque no aporta nada a la investigación realizada. (...) [E]s más bien indefendible y refutable plenamente que se exponga no sólo el cuerpo desnudo de una persona pública, sino que se la muestre manteniendo relaciones sexuales, con el objeto de alegar un interés del público en una noticia de este tipo. Interés del público no es, ni puede ser, sinónimo de fisgoneo, impertinencia o curiosidad. El elemento objetivo de una noticia difundida a través de un programa de farándula no puede ser admitido en un Estado democrático y social de derecho que desea proteger realmente los derechos fundamentales de la persona»⁶⁰⁰.

Aunque el Tribunal no se refiera a pesos o niveles de importancia de los principios comprometidos dadas las circunstancias del caso, puede inferirse con facilidad que está argumentando a favor del principio de respeto a la intimidad, en razón de la gravedad de la incidencia que sobre ella genera la exposición pública de la desnudez de una persona teniendo relaciones sexuales, y la menos significativa contribución que ello genera para la defensa de la salud y la libertad de información,

⁶⁰⁰ Cfr. STC 6712-2005-PA, F. J. 59.

por más que ello revele un hecho de prostitución clandestina. En el caso, pues, está determinada la derrotabilidad de la libertad de información.

¿Puede decirse que el razonamiento del Tribunal está fundado en el intuicionismo o en el llano voluntarismo? Difícilmente. Sin dejar de ser un razonamiento subjetivo pareciera resultar compatible con convenciones explícitas en la sociedad acerca de los ámbitos protegidos normativamente por el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Al derivar de convenciones explícitas debidamente sustentadas en el valor de la dignidad, no parece ser un pensamiento irracional, sin que haya sido necesario apelar a convenciones más profundas sobre el estudio detenido de casos paradigmáticos.

Puede establecerse, en consecuencia, la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón de convenciones explícitas o superficiales que resultan compatibles con la defensa de la dignidad de la persona humana (Meta-regla N.º 8).*

En otras ocasiones, sin embargo, si bien puede existir un grado importante de desacuerdo que determina la inexistencia de convenciones más superficiales, son las convenciones interpretativas las que permiten dirimir la controversia, sin que resulte necesario acudir a un convencionalismo profundo. En estos casos, comienzan a cumplir un rol fundamental los casos paradigmáticos en los que se han enfrentado los principios, por lo que comienzan a apreciarse determinados elementos derivados de la teoría de Hurley.

Por ejemplo, líneas antes se ha hecho alusión a la antinomia parcial-parcial entre el artículo 181º de la Constitución peruana que establece que «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno», y el artículo 200º 2 que dispone que el proceso de amparo procede «contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza» los derechos fundamentales. En los casos en los que el JNE emite una resolución acusada de afectar derechos fundamentales, las disposiciones prescriben conductas contradictorias.

Pues bien, antes de que el Tribunal Constitucional zanje la discusión a favor de la posibilidad de que las resoluciones del JNE puedan ser revisadas cuando se detecte su manifiesta violación de derechos fundamentales⁶⁰¹, las posiciones interpretativas existentes se decantaban por soluciones diametralmente distintas. Existía un importante sector institucional que abogaba por la defensa de los principios formales

⁶⁰¹ Cfr. STC 5854-2005-PA. Sobre el particular, cfr. Donayre, C., *En defensa del amparo electoral*, Palestra, Lima, 2010.

que subyacen a la norma que establece la no revisión, tales como la seguridad jurídica, la predictibilidad y la certeza, de singular importancia en el marco de los procesos electorales⁶⁰².

Sin embargo, existían convenciones interpretativas también con sustento normativo sobre las que sí existía un claro consenso. Así, la Cuarta Disposición Final de la Constitución establece: «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú». Mientras que el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, dispone que ello significa también interpretar los derechos y libertades conforme a «las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte». A lo que el Tribunal Constitucional había agregado que un enfoque preventivo lleva a considerar, a su vez, que ello significa que «[l]a vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutive (...) sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi* (...) incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso»⁶⁰³.

Siendo ello así, la Corte Interamericana tenía resuelto lo siguiente en el caso *Yatama vs. Nicaragua*:

«Si bien la Constitución de Nicaragua ha establecido que las resoluciones del Consejo Supremo Electoral en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que dicho Consejo no deba estar sometido a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Independientemente de la regulación que cada Estado haga respecto del órgano supremo electoral, éste debe estar sujeto a algún control jurisdiccional que permita determinar si sus actos han sido adoptados al amparo de los derechos y garantías mínimas previstos en la Convención Americana, así como los establecidos en su propia legislación, lo cual no es incompatible con el respeto a las funciones que son propias de dicho órgano en materia electoral»⁶⁰⁴.

⁶⁰² Incluso el Congreso de la República, tomó partido por la no revisión, emitiendo la Ley N.º 28642, cuyo artículo único modificaba el Código Procesal Constitucional para establecer que «No proceden los procesos constitucionales cuando se cuestionen las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materias electorales, de referéndum o de otro tipo de consultas populares, bajo responsabilidad. Resoluciones en contrario, de cualquier autoridad, no surten efecto legal alguno». Esta disposición legal sería luego declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional a través de la STC 0007-2007-PI.

⁶⁰³ Cfr. STC 2760-2006-PA, F. J. 12.

⁶⁰⁴ Cfr. Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafos 174 y 175.

De esta manera, si bien no existía un acuerdo superficial, lo cual daba lugar a la inexistencia de convenciones explícitas sobre cómo debía resolverse el conflicto entre las disposiciones constitucionales enfrentadas, sí lo había a nivel de las convenciones interpretativas referidas a cómo resolver tal desacuerdo, pues no había duda acerca de la vinculatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana. Dado que la Corte en un caso paradigmático en el que se habían enfrentado los mismos principios, se decantaba por la revisabilidad de las resoluciones de los supremos órganos electorales, a efectos de proteger los derechos fundamentales, podía instituirse el acuerdo de que así debía resolverse el conflicto en el primer nivel. Nótese que aquí el caso *Yatama vs. Nicaragua* puede ser denominado caso paradigmático más que por el nivel de acuerdo que pueda existir sobre la corrección del criterio de la Corte, por el acuerdo que existe acerca de la obligatoriedad de sus criterios. En ese sentido, se coincide con D. Martínez cuando afirma que «[t]ambién tienen la consideración de “paradigmáticos” aquellos casos cuya respuesta haya establecido una jurisprudencia consolidada o de seguimiento obligatorio por los demás órganos»⁶⁰⁵.

Lo más interesante, sin embargo, es que cuando el caso paradigmático lo es en razón de su obligatoriedad, más que contribuir a la ponderación para la resolución del caso dudoso, la hace innecesaria en razón del principio institucional del seguimiento de los precedentes vinculantes. Aquí, pues, asoma ya este instituto como significativamente contribuyente a reducir los márgenes de indeterminación que la derrotabilidad jurídica sobre la base de principios sustantivos genera, cuestión que será tratada con detalle en el siguiente capítulo.

De lo expuesto deriva la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención que obliga a seguir una decisión en la que ante un conflicto sustancialmente análogo dicho principio también resultó derrotado (Meta-regla N.º 9).*

En otras ocasiones, a pesar de existir convenciones superficiales sobre cómo debe ser resuelto un conflicto normativo, determinadas convenciones interpretativas que tiene como sustento último la defensa de la dignidad de la persona humana, pueden permitir advertir la invalidez de las primeras. Un ejemplo de ello sería el siguiente. El artículo 173º de la Constitución peruana establece lo siguiente: «En caso de delitos de función, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar. Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina». Al amparo de este precepto

⁶⁰⁵ Cfr. Martínez, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 174.

constitucional, el artículo 4° del Decreto Ley N.º 25659, disponía lo siguiente: «A partir de la fecha de vigencia del presente Decreto Ley, los delitos de traición a la Patria serán de competencia del Fuero Privativo Militar, tanto en su investigación como en su juzgamiento»⁶⁰⁶.

Durante mucho tiempo existió un claro consenso en el sentido de que por cuestionable que pueda parecer el asunto desde una moral ideal, el artículo 4° del Decreto Ley N.º 25659 era jurídicamente válido, por resultar conforme con el artículo 173° constitucional. No obstante, algunos años después de su expedición, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo lo siguiente en el Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú:

«El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia»⁶⁰⁷.

Este razonamiento de la Corte —que la llevó a concluir que el Estado peruano había violado el artículo 8.1 de la Convención Americana, que reconoce el derecho al juez competente, independiente e imparcial, en perjuicio de los hermanos Castillo Petruzzi—, dejaba traslucir, en consecuencia, no solo un cuestionamiento a la validez del artículo 4° del Decreto Ley N.º 25659, sino, por derivación al propio artículo 173° de la Constitución peruana. La convención superficial existente sobre el contenido del artículo 173° constitucional, llevó a que un sector importante de la sociedad apreciara el criterio de la Corte (junto a otros expuestos en la misma sentencia) como un atentado hacia el deber del Estado de combatir al fenómeno terrorista en aras de proteger los valores de la seguridad y de la democracia⁶⁰⁸.

Cuando en el año 2002 se interpuso una demanda de inconstitucionalidad, entre otras normas, contra el artículo 4° del Decreto Ley N.º 25659, el Tribunal

⁶⁰⁶ Cabe precisar que el Decreto Ley N.º 25659 en realidad regulaba el tratamiento del delito de terrorismo agravado, bajo el *nomen iuris* de «traición a la patria».

⁶⁰⁷ Cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Sentencia del 30 de mayo de 1999, párrafo 128.

⁶⁰⁸ De hecho esta sentencia llevó al gobierno fujimorista, que gozaba de mayoría en el Congreso, y un respaldo popular muy importante, a aprobar la Resolución Legislativa N.º 27152, de fecha 8 de julio de 1999, cuyo artículo único aprobaba «el retiro, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». Dicho retiro fue luego considerado por la Corte como inadmisilible (cfr. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú, Sentencia del 24 de septiembre de 1999 (competencia), párrafos 31 – 54). Caído el gobierno autocrático fujimorista, la referida Resolución fue derogada por la Resolución Legislativa N.º 27401, de fecha 19 de enero de 2001.

Constitucional tenía ante sí un problema jurídico bastante complejo. Si declaraba la invalidez del precepto por resultar disconforme con el artículo 8.1 de la Convención Americana –según la interpretación que de él había realizado la Corte–, parecía tener que hacerlo a costa de lo prescrito por el artículo 173° de su propia Constitución y sobre cuyo sentido existía un claro consenso. Si declaraba la validez del precepto por entenderlo conforme con el artículo 173° constitucional, sería a costa de soslayar el artículo 8.1 de la Convención Americana, interpretado por la Corte, haciendo una vez más responsable al Estado peruano ante el sistema interamericano de derechos humanos.

El caso parecía denotar una antinomia total-total entre el artículo 173° de la Constitución y el artículo 8.1 de la Convención Americana. Y hasta donde el conocimiento alcanza, a menos que la Constitución lo permita, no se ha dado el caso de que un Tribunal Constitucional invalide un precepto de su parámetro de control por resultar disconforme con un tratado en vigor. Muchas veces, tal como sucede con la Constitución peruana, ella ordena interpretarse conforme a los tratados sobre derechos humanos. Pero eso es una cosa, y otra distinta, que pueda invalidarse jurisdiccionalmente un precepto constitucional por ser antinómico con el tratado.

Para solucionar el problema, el Tribunal Constitucional, en primer término, reconoció la existencia de una convención explícita sobre los alcances del artículo 173° que resultaba disconforme con la Convención. Así, el Tribunal afirmó lo siguiente: «La doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que la norma aludida autorizaría la competencia de la justicia militar para conocer los procesos seguidos contra civiles en los casos de delitos de terrorismo y traición a la patria. Tal criterio, por otra parte, en cierta forma es fiel a lo que en su momento se sostuvo en el Congreso Constituyente Democrático»⁶⁰⁹.

Paso seguido, a partir de casos paradigmáticos, entre los cuales, desde luego, destacaba el Caso Castillo Petrucci⁶¹⁰, y de las razones fundamentales derivadas de tales casos, el Tribunal argumentó por qué dicha convención superficial resultaba disconforme con los derechos derivados de la dignidad humana:

«El derecho al juez natural (...) exige que la competencia del juez llamado a conocer el proceso penal deba ser determinado a partir de reglas preestablecidas en base a distintas consideraciones (materia, territorio, grado, etc.), de forma que quede garantizada su independencia (...) e imparcialidad en la resolución de la causa. Constituye, a la vez de un derecho subjetivo, parte del “modelo constitucional del proceso” recogido en la Carta Fundamental, cuyas garantías mínimas siempre deben ser respetadas para que el proceso pueda tener calidad de *debido*. En ese sentido,

⁶⁰⁹ Cfr. STC 0010-2002-PI, F. J. 96.

⁶¹⁰ Se sumó también el Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia del 18 de agosto del 2000.

considera el Tribunal Constitucional que toda norma constitucional en la que pueda reconocerse algún grado de implicancia en el quehacer general del proceso debe ser interpretada de manera que, aquellas mínimas garantías (...) sean, siempre y en todos los casos, de la mejor forma optimizadas»⁶¹¹.

Inmediatamente, el Tribunal se preguntó si hay alguna convención interpretativa sobre la que exista claro consenso, que permita superar el equívoco en el que incurría la convención de primer nivel, y llega a una respuesta afirmativa. En efecto, es meridiano el acuerdo que existe en que, más allá de que no necesariamente se trate de una interpretación definitiva, las normas jurídicas, en primer término, deben ser interpretadas literalmente, y el Colegiado aprecia que esta interpretación recaída sobre el artículo el 173º desautoriza la convención existente acerca de que el precepto establece que tribunales militares puedan procesar a civiles en los casos de terrorismo o de traición a la patria. Razona así el Tribunal:

«si bien el artículo 173º de la Constitución puede ser interpretado en el sentido en que se ha venido efectuando (...), no es esa la única lectura interpretativa que de dicha cláusula constitucional pueda efectuarse. En efecto, una interpretación literal del artículo 173º de la Constitución, no incompatible con lo expresado por la Corte Interamericana, es aquella según la cual dicho precepto constitucional, en realidad, no autoriza a que los civiles sean juzgados por los tribunales militares, sino solo a que, mediante ley, se disponga que ciertas disposiciones del Código de Justicia Militar puedan ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria»⁶¹².

Y es que si se analiza con detenimiento cuando el artículo 173º dispone que los militares y policías «están sometidos al fuero respectivo y al Código de Justicia Militar» agregando inmediatamente que «Las disposiciones de éste no son aplicables a los civiles, salvo en el caso de los delitos de traición a la patria y de terrorismo que la ley determina» (subrayado agregado), *literalmente*, el pronombre «éste» claramente no se refiere al «fuero militar» sino al «Código de Justicia Militar». En otras palabras, el artículo constitucional analizado en su literalidad autoriza que el Código de Justicia Militar pueda ser aplicable a civiles acusados de la comisión de los delitos de traición a la patria y de terrorismo, pero no menciona cuál es el fuero que aplicaría dicha fuente.

Esta interpretación literal ya no es incompatible con el derecho al juez natural sustentado en la dignidad humana, ni con los criterios de la Corte Interamericana, a lo que se agrega que otra convención interpretativa sobre la que no existe mayor discusión –la que exige interpretar los derechos y libertades previstas en la

⁶¹¹ Cfr. STC 0010-2002-PI, F. J. 103.

⁶¹² Cfr. *Idem*, F. J. 104.

Constitución conforme a los tratados sobre derechos humanos (Cuarta Disposición Final de la Constitución)— obliga a optar por ella.

De esta manera, el Tribunal Constitucional concluye lo siguiente: «las disposiciones del Código de Justicia Militar que pueden ser recogidas por la ley, a efectos de ser utilizadas en el procesamiento de civiles acusados de la comisión de los delitos de terrorismo y traición a la patria, en ningún caso podrán entenderse como referidas al “órgano”, sino sólo a reglas de procedimiento para ser utilizadas por la justicia ordinaria, y siempre que estas, a su vez, sean acordes con las garantías mínimas del debido proceso previstas en la Constitución»⁶¹³, declarando, en consecuencia, la invalidez del artículo 4º del Decreto Ley N.º 25659.

Puede decirse, en definitiva, que la presencia de convenciones interpretativas respaldadas por el valor de la dignidad humana pueden permitir sustentar la invalidez de una convención superficial representativa de una indebida ponderación de principios.

De allí deriva la siguiente meta-regla: *Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención interpretativa que resulte compatible con el valor de la dignidad humana (Meta-regla N.º 10).*

En otras ocasiones, ante un conflicto entre principios y la inexistencia de convenciones superficiales o interpretativas sobre cómo resolverlo, la única alternativa de solución es acudir a un convencionalismo más profundo sustentado en el sentido de la dignidad humana.

Por ejemplo, aunque en ciertas sociedades el dilema está superado, en otras (como la peruana) aún existan posiciones antagónicas acerca de si debe penalizarse o no el aborto en los casos en los que el embarazo tuvo origen en un acto de violación sexual. En el Perú existen posiciones (respaldadas institucionalmente⁶¹⁴) que postulan la razonabilidad de la penalización para proteger la vida del concebido. Otras postulan la razonabilidad de la despenalización, a efectos de que en una situación como esa la mujer tenga la libertad de decidir si continúa o no con el embarazo. Ninguna convención interpretativa de segundo nivel parece poder resolver el conflicto. Por consiguiente, en la línea de Hurley, es conveniente explorar en casos paradigmáticos en los que estarían enfrentados los mismos principios en circunstancias análogas, pero que, por determinadas razones, no despierten o despierten menos controversia.

⁶¹³ Cfr. *Idem*, F. J. 106. El subrayado es del original.

⁶¹⁴ Cfr. «Congreso archiva el proyecto de ley para despenalizar el aborto por violación», en: <http://elcomercio.pe/politica/congreso/archivan-proyecto-ley-despenalizar-aborto-violacion-noticia-1858704> (revisada el 25-11-2015).

Para estos efectos, un caso paradigmático hipotético que puede ser de utilidad, sería el que hace varios años planteó J. Thomson⁶¹⁵. El caso es el siguiente: un violinista famoso requiere para salvar su vida que otra persona se conecte a través de un tubo a ella durante nueve meses. La primera pregunta sería ¿cuántas personas estarían dispuestas a conectarse al tubo para salvarle la vida? En un debate racional lo más probable es que ninguna. Y si alguna estuviera dispuesta, lo más probable es que estaría en desacuerdo con que el Derecho la obligue. Es decir, el caso parecería poder resolverse con cierta facilidad en el sentido de que el Derecho no puede obligar a ninguna persona a conectarse al tubo para salvarle la vida al violinista.

Inmediatamente, corresponde preguntarse por la razón del acuerdo. Dicha razón parece ser la siguiente: aunque no podría decirse que una obligación legal semejante tendría como único objetivo la instrumentalización de la persona (con lo cual no viola la regla derivada de la erradicación del sufrimiento, que prohíbe tratar a los seres humanos con el *único* objetivo de causarles sufrimiento o dolor, según se vio en el capítulo 2), sí conlleva un nivel grave de instrumentalización, inaceptable para un ser humano promedio. En otras palabras, en el caso los derechos al libre desarrollo de la personalidad y la integridad personal, guardan un nivel tal de correspondencia con la máxima derivada de la dignidad de tratar a los seres humanos como fines en sí mismos, que la incidencia sobre ellos se torna muy grave, incluso más que el nivel de importancia de salvar una vida. Y hay acuerdo sobre ello.

Ahora bien, podría alegarse que si bien se trata de un caso paradigmático por el alto nivel de consenso que genera su solución, podría alegarse que tiene propiedades relevantes que lo distinguen del caso de la violación sexual que da lugar a un embarazo. Por ejemplo, una diferencia que alguien podría entender como relevante (cuando menos, éticamente) es que si el violinista finalmente muere no será por un *hacer* de la persona, sino por un *dejar de hacer*, mientras que la muerte del embrión será consecuencia de un *hacer*. Por otro lado, podría alegarse que el nivel de instrumentalización de llevar a término el embarazo que el nivel de instrumentalización que supone conectarse a través de un tubo por nueve meses a otra persona adulta.

Empero, si alguien quisiera encontrar en dichas diferencias la *razón suficiente* para desechar el caso paradigmático debiera también caer en cuenta de que esa no es la única diferencia entre los casos. En efecto, el violinista es un ser humano en el que la dimensión material de la vida (vida digna) ya se encuentra en desarrollo; es una persona con plena capacidad de discernimiento moral y autoconciencia. En el

⁶¹⁵ Cfr. Thomson, J., «A defense of abortion», en: *Philosophy and Public Affairs*, V. 1, N.º 1, 1971, pp. 47 – 66.

nasciturus, en cambio, solo está presente la dimensión existencial de una vida en sus inicios⁶¹⁶. Es decir, a menos que se alegue que la vida es un valor absoluto⁶¹⁷, en el caso del embarazo el peso de la vida es menor. De otro lado, la situación del violista no tiene en su origen la instrumentalización vejatoria de la persona que se niega a conectarse al tubo. La existencia del feto, en cambio, es consecuencia de un acto extraordinariamente atentatorio de la dignidad de la mujer, como es la violación sexual.

Así pues, a la luz de la confrontación de estas razones y las hipótesis derivadas, quien considere que no es posible que el Derecho obligue a un ser humano a conectarse al tubo, debiera plantearse seriamente por qué sí lo está (si es que lo está) con la idea de que la mujer debe ser considerada una delincuente si es que decide interrumpir el embarazo en los casos de violación sexual. La idea es que bajo un discurso racional y la actitud deliberativa de quienes participan en él, la línea de coherencia entre casos abriría paso una convención más profunda en el caso a resolver que permitiría advertir, dadas las circunstancias, el mayor peso del derecho a la libre desarrollo de la personalidad y la integridad de la mujer, frente al derecho a la vida.

Ahora bien, lo expuesto no significa que no sea posible algún nivel de instrumentalización del ser humano para salvar la vida de alguien. Piénsese en el siguiente ejemplo. Un niño ha sufrido un accidente muy grave y requiere una transfusión de sangre dentro de las siguientes 24 horas para salvar la vida. Su tipo de sangre, es Grupo AB Rh negativo y la posee solo el 1% de la población mundial. Un paciente de 35 años que se encuentra internado en el mismo hospital, que ha sido sujeto de una operación al apéndice y al que se le dará de alta al día siguiente tiene el mismo tipo de sangre que el niño, pero se niega a acceder porque requiere el alta de

⁶¹⁶ Por ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha instituido el «principio de protección gradual e incremental de la vida prenatal» (cfr. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párrafo 315).

⁶¹⁷ Hay quienes así lo consideran: «No desconocemos las grandes dificultades: como la cuestión grave de salud, muchas veces de vida o muerte para la madre; la responsabilidad que supone un hijo, sobre todo si existen algunas razones que hacen temer que será anormal o retrasado; la importancia que se da en distintos medios sociales a consideraciones como el honor y el deshonor, la pérdida de categoría, etc. Sin embargo, debemos proclamar *absolutamente* que ninguna de estas razones puede *jamás* dar derecho, ni objetiva ni subjetivamente, para disponer de la vida de los demás, ni siquiera en sus comienzos; ni siquiera el padre o la madre, pueden ponerse en su lugar, aunque se halle todavía en estado de embrión; ni él mismo, en su edad madura, tendrá derecho a escoger el suicidio. *La vida es el más importante derecho fundamental que no debe ponerse en la balanza con otros inconvenientes, aparentemente más graves. (...) El derecho a la vida es el primer derecho, el fundamental, que precede y condiciona a todos los demás y debe ser protegido sin ningún límite ni discriminación*» (cfr. Alegato de la Conferencia Episcopal colombiana en la causa N.º C-355 de 2006, ante Corte Constitucional de Colombia. La cursiva es agregada). Como narra R. Dworkin, esta no ha sido siempre la posición de la Iglesia Católica a lo largo de la historia (cfr. Dworkin, R., *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, ob. cit. p. 55 y ss.). En todo caso hay consenso entre importantes tribunales del mundo en que la vida no es un valor absoluto (cfr. STC 0050-2004-PI, F. J. 38; BVerfGE 88, 203, 28 de mayo de 1993, 2 BvF 2/90 y 4, 5/92, párrafo D.I.2; STC español 53/1985, 11 de abril, F. J. 8; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-355 de 2006, VI.5; Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, doc. cit., párrafo 264; entre otras).

inmediato para ir al estadio al día siguiente a ver un partido de fútbol que le interesa. Han transcurrido 18 horas y, ante la ausencia de un donante, la Junta Médica, habiendo determinado previamente de manera incontrovertida que la vida del paciente renuente no correría peligro, decide adoptar las medidas para realizar la transfusión de sangre sin su consentimiento. Se le administrará un leve anestésico y se procederá a la extracción de los exactos mililitros de sangre necesaria para salvar la vida del niño. ¿Puede decirse que la Junta Médica debe ser sancionada por la decisión? Aunque el caso es ciertamente difícil, parece que no. Dadas las circunstancias del caso, un profundo análisis sobre el sentido de la dignidad, parece llevar a considerar que en esta situación la vida tiene un peso mayor que el nivel de instrumentalización del que ha sido sujeto el paciente renuente.

Puede colegirse, pues, la siguiente meta-regla: *Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana (Meta-regla N.º 11).*

En otros casos, ante un conflicto entre principios puede existir una convención superficial sobre cómo resolverlo, pero ella mostrar su invalidez ante un convencionalismo más profundo derivado del sentido correcto del valor de la dignidad humana.

Por ejemplo, solo un equivocado concepto de dignidad humana puede llevar a realizar una afirmación como la siguiente para justificar el supuesto mayor peso abstracto de un principio: «puede sostenerse que el principio de protección de la vida tiene un peso abstracto mayor que la libertad, por cuanto, es obvio, para poder ejercer la libertad es necesario estar vivo»⁶¹⁸. Es decir de una constatación biológica, o, si se quiere, empíricamente lógica, se pretende derivar una razón axiológica. Como tuvo ocasión de precisarse en el capítulo 2, por imperio de la dignidad humana, cuando un ser humano se encuentra en ejercicio de su autonomía moral, no es posible dictarle el valor de la vida *para sí*, ni siquiera de su vida en su dimensión existencial. *Ergo*, es un error axiológico considerar que en abstracto la vida tiene un peso superior a la libertad, por más arraigo social que tenga dicha consideración

Así, puede afirmarse lo siguiente: *Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención más profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana (Meta-regla N.º 12).*

Ahora bien, parece ser imposible descartar casos en los que no solo no existan convenciones explícitas que los resuelvan, sino que a pesar de una actitud

⁶¹⁸ Cfr. Bernal, C., «La racionalidad de la ponderación», ob. cit., p. 63.

profundamente deliberativa de cara a la dignidad los pesos de los principios enfrentados se encuentren en un punto de inconmensurable equilibrio.

Imagínese que en el caso del paciente renuente, la renuencia a la transfusión obedece a que es Testigo de Jehová. ¿Hay una sola solución correcta de cara a la dignidad? Nótese que en este caso la instrumentalización, es decir, aplicarle el anestésico y dar lugar a la extracción de sangre contra su voluntad, ya no representa solamente una importante incidencia sobre su autonomía e integridad personal, sino también sobre una relevante manifestación del derecho a la libertad religiosa que puede condicionar significativamente el sentido material de la vida del afectado. Por más visión profunda que se tenga del asunto, desde la propia dignidad pareciera que no hay una decisión que pueda llegar a ser más correcta que la otra. Estamos ante un auténtico *dilema constitucional*⁶¹⁹.

En estas situaciones son posibles dos escenarios. El primero consiste en que el legislador haya previsto la regla que resuelve el conflicto. Si ese el caso, el principio formal de certeza y respeto a las decisiones democráticas que la regla representa en sí misma, obliga a resolver el caso conforme al tenor de la regla.

De este criterio deriva la siguiente meta-regla: *Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, pero una regla establece la solución, el conflicto se resuelve conforme a lo prescrito por la regla (Meta-regla N.º 13).*

El segundo escenario es que no haya regla que solucione ese tipo de conflicto. En estos casos, dado que hay más de una respuesta sustentada, con igual fuerza axiológica, en la dignidad humana, el juez deberá resolver bajo una discrecionalidad

⁶¹⁹ Cfr. Zucca, L., «Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales», traducción de D. Martínez, en: L. Zucca (et. al.), *Dilemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 9 y ss. Sin embargo, debe precisarse que no se está de acuerdo con que el ejemplo que propone al inicio de su trabajo sea un dilema constitucional, cuando menos, no si por ello se entiende un caso en el que, todas las cosas consideradas, la dignidad humana no permite advertir que una solución sea mejor que otra. El caso que propone Zucca (cfr. Tribunal Europeo de Derechos humanos, Caso Evans vs. Reino Unido, Sentencia del 10 de abril de 2007) es el de una pareja que se somete a un proceso de fertilización *in vitro* y posterior congelación de los óvulos fecundados, dado que a la esposa se le habían detectado tumores pre-cancerígenos en ambos ovarios, motivo por el cual debían ser extirpados. Dos años después, al amparo de una ley que permitía revocar el consentimiento en cualquier momento, el ex esposo solicitó al hospital que destruyera los óvulos fertilizados. La ex esposa se opuso, pues ello generaría que nunca pueda ser madre. Como bien plantea Zucca la pregunta es, ¿debe el Tribunal denegar la maternidad a la ex esposa o debe forzar la paternidad del ex esposo? Para el autor el caso no puede resolverse racionalmente (p. 11). Se discrepa de tal posición. Si bien cualquiera de la decisiones afectará a alguna de las personas, la raíz de la imposibilidad de ser madre de la ex esposa no reside en un acto de voluntad de ella o de él, sino en su enfermedad, de la que el ex marido, evidentemente, no tiene culpa. Por el contrario, la posibilidad o no de ser padre del ex esposo sí tiene origen en una decisión autónoma que, por su nivel de trascendencia, puede ser revocada. En consecuencia, no es demasiado complejo arribar a la conclusión de que en el segundo caso la autonomía resultaría afectada en un mayor nivel. Por ello, de seguro, la legislación inglesa estipuló legalmente la revocatoria del consentimiento. Por lo demás, como se verá en un momento, en la hipótesis negada de que se hubiera tratado de un conflicto, todas las cosas consideradas, irresoluble en razón de la propia dignidad, hay que resolver el caso conforme a la regla estipulada por el legislador.

en sentido fuerte.

Como se sabe, la discrecionalidad en sentido fuerte ha sido descrita como la posibilidad de elección entre distintas soluciones correctas para un mismo caso⁶²⁰, y es diferenciada de la discreción en sentido débil, caracterizada como aquella que se manifiesta en los casos en los que aunque cabe argumentar nítidamente a favor de una única solución correcta, esta no es evidente a partir del simple vistazo a las normas jurídicas, requiriendo un razonamiento problemático⁶²¹. Pero incluso la elección ejercida en el marco de una discrecionalidad fuerte puede ser reconducida a un control de racionalidad, por el sencillo motivo de que se encuentra todavía sujeta a la necesidad de ser justificada o motivada, es decir, a la necesidad de aportar razones normativas explícitas a su favor⁶²².

Así, cabe afirmar lo siguiente: *Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, y ninguna regla establece la solución, el conflicto se resuelve discrecionalmente eligiendo entre los principios enfrentados (Meta-regla N.º 14).*

4. Derrotabilidad jurídica sobre la base de la articulación de reglas y principios en los casos individuales.

Como en su momento se afirmó, el hecho de que una norma sea válida, no significa que, presentadas ciertas condiciones, puedan ser inaplicadas a casos a los que *prima facie* estaban llamadas a ser aplicadas. Es decir, no significa que sea inderrotable. Desde luego, tal norma gobernará la mayoría de casos que se subsuman en su caso genérico, pero eventualmente su aplicación tendría que ser jurídicamente exceptuada. La razón fundamental por la que ello puede tener lugar en el ámbito de los Estados Constitucionales, deriva de que la dignidad humana, como criterio moral

⁶²⁰ Cfr. Bell, J., «Discretionary decision-making: a jurisprudential view», en: Hawkins, K. (editor), *The uses of discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 92; también, cfr. Shiner, R., *Norm and Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 33.

⁶²¹ Cfr. Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial*, ob. cit., p. 26.

En todo caso, hay que distinguir la discreción a la que aquí se alude de la que Kelsen denominada «discreción explícita» referida a los casos en los que un ordenamiento autoriza expresamente al juez a adoptar *ex novo* y de manera plenamente autónoma, la solución pertinente al caso, allí donde el Derecho no ofrece respuesta (cfr. Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial*, ob. cit., pp. 29 – 30). Con todo, la «discreción explícita» no tiene ahora mayor relevancia, no solo porque casi la totalidad de sistemas no la acogen, sino porque tal como están configurados los ordenamientos jurídicos contemporáneos, «es difícilmente imaginable un supuesto en el que el juez, olvidando los textos normativos, pueda desarrollar libremente su sentimiento jurídico o su ideal de la moral» (cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 190).

⁶²² En ello coinciden diversos autores: cfr. Raz, J., «Legal principles and the limits of law», en: *The Yale Law Journal*, V. 81, N.º 5, 1972, pp. 847 – 848; Hart, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en: *Sistema*, N.º 36, 1980, p. 9; Barak, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989, pp. 24 – 27; Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial*, ob. cit., pp. 176 – 177; Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1977, p. 113 y ss.

último del sistema acepta la superposición normativa entre principios, en razón del pluralismo consubstancial a la protección de la autonomía.

En este escenario, cobran esencial relieve los niveles de relación que, dadas las particularidades del caso, puedan plantearse entre las reglas y los principios que constituyen, y entre las reglas y los principios frente a los cuales pueden ingresar en tensión.

Si por regla se entiende aquella disposición con una cierta autonomía semántica, es posible advertir, a través de la interpretación teleológica, que determinadas reglas constitucionales encuentran su razón subyacente en principios que están contenidos en la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 2º 9 de la Constitución peruana establece que «Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de domicilio». No es difícil concluir que este precepto tiene como fundamento la protección de la intimidad, la cual también se encuentra protegida constitucionalmente en el artículo 2º 7: «Toda persona tiene derecho a la intimidad personal y familiar». Por otra parte, el artículo 2º 24 f. establece que «Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito», evidentemente, tiene como razón subyacente la protección de la libertad personal, la cual también se encuentra protegida expresamente en el artículo 2º 24.

En los dos ejemplos planteados, dado que del contenido de la regla deriva también una carga axiológica importante, puede afirmarse que hay una relación necesaria entre la regla y su principio subyacente con prescindencia de las particularidades de los casos individuales. *Siempre* que se afecta la semántica de la regla, se afecta además el principio subyacente.

Pero ello no sucede con todas las reglas constitucionales. Piénsese, nuevamente, en el artículo 181º de la Constitución: «Las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». Es más problemático encontrar una relación teleológica entre esta regla y un principio constitucional, pues ella no deriva con claridad de su semántica. Por supuesto, que siempre es posible razonar que la regla quiere decir lo que dice y punto. Incluso se puede sostener que debe enfocarse así el asunto porque ello favorece a la predictibilidad y por consiguiente a la autonomía. Pero ya en el capítulo anterior se han señalado los argumentos por los que este razonar *atrincherado* no resulta acorde con la actitud que debe tener un juez que se tome los principios constitucionales en serio.

Por ello, parece resultar más compatible con el entendimiento de la Constitución como una unidad, interpretar que la regla tiene por objetivo que el JNE pueda preservar la seguridad jurídica que debe rodear un proceso electoral, resguardando la

finalidad del sistema electoral consistente en que las votaciones traduzcan la expresión auténtica, libre y espontánea de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto y oportuno de la voluntad del elector expresada en las urnas por votación directa (artículo 176° de la Constitución), en ejercicio del derecho fundamental a ser elegido y a elegir libremente a sus representantes (artículo 31° de la Constitución). Esta finalidad, por supuesto, se vería afectada si las resoluciones del JNE no tuvieran carácter definitivo, y pudieran ser luego impugnadas ante otras autoridades.

Si en un determinado caso, la regla está acompañada de su principio subyacente, y a pesar de la actitud deliberativa del intérprete no existen principios que pongan en duda su aplicación, evidentemente, la regla se aplica, sin necesidad de ponderación alguna. Imagínese el siguiente caso: el JNE ha declarado fundada una tacha interpuesta contra una persona y ha ordenado su retiro de una lista de postulantes al Congreso, puesto que tal persona tiene 23 años, y la Constitución establece como una condición para ser congresista tener como mínimo 25 años (artículo 90° de la Constitución). Si esa persona decidiera interponer una demanda de amparo contra la resolución del JNE, esta sería declarada improcedente en aplicación directa y sin dubitaciones del artículo 181° de la Constitución.

O imagínese que a pesar de que la Constitución establece que «el mandato legislativo es irrenunciable» (artículo 94° de la Constitución) –cuyo principio subyacente, puede decirse, es que la voluntad del representante no modifique el sentido de la voluntad popular en cuanto a la conformación del Parlamento que «representa a la nación» (artículo 93° de la Constitución)– un congresista que postuló y accedió al Congreso estando vigente la regla pretende que se acepte su renuncia alegando violación a su autonomía. En el caso la regla se aplica con facilidad, puesto que acceder a la petición afectaría además al principio subyacente y no hay visos de principios que lo pongan en duda.

Ahora bien, ¿cuando en un determinado caso una regla no está acompañada de su principio subyacente, ella no aporta nada al discurso jurídico? ¿Significa, por ejemplo, que fuera del escenario de un proceso electoral, las resoluciones del JNE pueden ser revisadas, por ese solo hecho? Parece bastante evidente que no. De ser así, las reglas no ordenarían nada por sí misma.

Sin embargo, algunos autores parecen sostener esta tesis. Así, por ejemplo, para A. Ródenas una razón suficiente para la derrotabilidad jurídica se presenta cuando «las principales razones que respaldan la regla no son aplicables al caso»⁶²³. De esta

⁶²³ Cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, ob. cit., p. 39.

manera, a su juicio, si se asume que la regla «Prohibido fumar en los lugares de trabajo» tiene como razón subyacente la protección del derecho a la salud de los no fumadores, entonces, debe encontrarse permitido que un empleado fume en su centro de trabajo si su labor consiste en atender llamadas fuera del horario de trabajo de los demás empleados. Como puede comprenderse, si así fuese, ya no solo resultaría que lo prescrito por una regla puede resultar derrotado por un principio cuyo peso normativo permita arribar a una conclusión distinta, sino que las reglas, por sí mismas, no cumplirían ningún rol en el razonamiento jurídico. Solo sus principios subyacentes cumplirían dicho rol: si dado el caso están presentes, entonces hay algo prescrito, si no lo están el asunto no está regulado.

Este enfoque no puede compartirse. Para que la regla «Prohibido fumar en los lugares de trabajo», pueda resultar derrotada en un caso concreto, es preciso, como condición necesaria, aunque no suficiente, que existan razones derivadas de otras normas que lleven a una prescripción distinta. Pero no resulta suficiente que, dado el caso individual, su principio subyacente no esté presente. En el caso que plantea Ródenas, ¿qué principio jurídico lleva a la conclusión, siquiera *prima facie*, de que la regla debe ser exceptuada? Pues ninguno. *Ergo*, no está permitido fumar aún cuando no se vaya a afectar la salud de nadie. La regla vale por sí misma.

Y no nos lleva a una conclusión distinta asumir que es el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del empleado el que hace derrotable la regla, puesto que aún cuando las reglas, dado un caso individual, estén desprovistas de sus principios materiales subyacentes, ellas llevan consigo –en razón de su autonomía semántica– unos principios formales medulares para la institucionalidad del Derecho. Tal como señala Alexy, los principios formales lo que exigen es «que la autoridad de las normas debidamente expedidas y socialmente eficaces sea optimizada»⁶²⁴, lo cual en un Estado Constitucional, como refiere el propio Alexy, puede ser además conectado con el principio democrático.

El error de Ródenas, también se deja apreciar en ciertos aspectos de los interesantes postulados de Atienza y Ruíz Manero en su obra *Ilícitos atípicos*⁶²⁵. A lo largo de su libro, en términos generales, para los autores españoles una conducta es típica o atípica dependiendo, respectivamente, de si se subsume o no en una regla. Pero, con total prescindencia de esta consideración, la conducta será conforme con el Derecho (lícita) si es compatible con un adecuado balance de principios, y no

⁶²⁴ Cfr. Alexy, R., «Principios formales», traducción de M. Quimbayo, en: *Doxa*, N.º 37, 2014, p. 20. Ello se encuentra en íntima conexión con los «principios de legalidad» de los que hablaba Hart (cfr. Waldron, J., «Hart y los principios de legalidad», en: M. Kramer (et. al. compiladores), *El legado de H. L. A. Hart*, traducción de C. Orunesa y J. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 105 y ss.

⁶²⁵ Cfr. Atienza, M. y Ruíz Manero, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.

conforme con el Derecho (ilícita) si ocurre lo contrario. Es decir, las reglas desempeñan un rol mínimo, por no decir inexistente, al momento de determinar si una conducta es o no jurídicamente válida.

Tal como refiere B. Celano, en esta teoría de Atienza y Ruíz Manero, «las reglas son (...) superfluas: no desempeñan ninguna función. De ellas depende únicamente la posibilidad de atribuir a las conductas lícitas o ilícitas (en virtud de su conformidad o no con los principios aplicables) la etiqueta, carente de toda consecuencia de ‘típicas’ o ‘atípicas’»⁶²⁶.

Los profesores españoles han replicado que, por el contrario, sí toman en consideración los principios consubstanciales a la existencia de las reglas. Refieren, concretamente, que «en situaciones caracterizadas por la presencia de reglas, han de entrar en línea de cuenta no solo los principios sustantivos del sistema aplicables al caso, sino también los principios (principios institucionales) vinculados al seguimiento de reglas (tales como la estabilidad, la predecibilidad, el respeto a la distribución del poder ordenado por la Constitución o por la leyes, etc.)»⁶²⁷. Claramente, los principios institucionales a los que hacen alusión, son los principios formales a los que alude Alexy.

Utilizan como ejemplo para confirmar el sustento de su réplica la regla «Prohibido circular a más de 120 km/h en una autopista». Coinciden en que su razón subyacente es incrementar la seguridad y evitar accidentes; e inmediatamente se preguntan: «¿qué pasa si un automovilista, en una mañana espléndida de perfecta visibilidad, en una recta prolongada, sin tráfico y conduciendo un automóvil en perfecto estado y equipado con la mejor tecnología en materia de seguridad, sobrepasa un poco esa velocidad? ¿Se le debe multar?»⁶²⁸. La respuesta a la que arriban, con la que obviamente se coincide, es que sí.

Refieren, no obstante, que debe imponerse la multa, a pesar de que «[e]l balance entre los principios sustantivos relevantes en el caso nos diría sin duda que no»⁶²⁹. ¿A qué balance se refieren? En el caso no ha existido ningún balance. La regla se aplica porque el caso se subsume en ella y no aparece ni siquiera *prima facie* alguna razón principal para ponerlo en duda. Es decir, nada parece sugerir que en el caso sea necesario balance o ponderación alguna. Atienza y Ruíz Manero parecen asumir que incluso para determinar cuándo una regla –claramente válida– debe ser aplicable o no, siempre se requiere una ponderación entre principios, y ese parece ser un error.

⁶²⁶ Cfr. Celano, B., «Principios, reglas, autoridad. Consideraciones sobre M. Atienza y J. Ruíz Manero, Ilícitos atípicos», en: *Derecho, justicia, razones*, ob. cit., p. 173.

⁶²⁷ Cfr. Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», en: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2009, p. 248.

⁶²⁸ Cfr. Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», ob. cit., p. 250.

⁶²⁹ Cfr. *Idem*.

En un trabajo posterior Atienza se ha preguntado si en alguna ocasión resulta correcto en el razonamiento jurídico evitar la ponderación. Frente a tal interrogante ha respondido lo siguiente:

«[E]vitar recurrir a una ponderación y resolver el problema en el nivel de las reglas, puede suponer incurrir en formalismo; en formalismo indebido, puesto que el razonamiento jurídico (a diferencia del moral) supone siempre un ingrediente formalista que por lo demás, es una señal de identidad de la racionalidad jurídica moderna (llámese principio de legalidad o racionalidad formal del Derecho en el sentido de Weber). El formalismo en sentido peyorativo supone no prestar atención a las razones subyacentes a las reglas, o sea, no ver el Derecho como un sistema de reglas y de principios; o, dicho de otra manera, tratar de resolver todos los casos sin recurrir a los principios y, por lo tanto, a la ponderación»⁶³⁰.

Tiene que coincidir con Atienza en que se incurre en un formalismo indebido cuando se quiere apreciar el Derecho como un sistema de reglas, y no como un sistema de reglas y principios, en el que a estos corresponde situarse en un segundo nivel de fundamentación. Pero tener esto presente, es decir, tener presente que la pregunta sobre si debe o no aplicarse a un caso una regla, debe conllevar siempre una pregunta también en clave de principios, es distinto a sostener que arribar a una respuesta correcta requiere siempre una ponderación. Asociar conceptualmente en el razonamiento jurídico práctico, de modo necesario, reglas con principios, parece correcto; pero no parece correcto hacer la misma correlación necesaria entre principios (y por tanto reglas) y ponderación. Esta última asociación conceptual necesaria puede poner en riesgo el sano ingrediente formalista, que, como bien apunta Atienza, es también necesario para la racionalidad jurídica.

Piénsese en el siguiente ejemplo. En muchos sistemas jurídicos existe la regla «Prohibido cruzar el semáforo en rojo». Puede convenirse en que sus razones subyacentes son garantizar el orden del tránsito y la integridad personal y la vida de los peatones y los otros conductores. Y puede decirse que, en este caso (genérico), esta sola constatación basta para arribar a la conclusión de que la regla es válida, pues no surgen siquiera *prima facie* razones de principio para ponerlo en duda. Es decir, puede concluirse la validez de la regla sin ponderación alguna. Ahora bien, si alguien está llegando tarde a un examen muy importante, y resulta meridianamente claro que cruzar el semáforo en rojo no afectaría el orden del tránsito ni la integridad personal o la vida de alguien, ¿está autorizada por el Derecho a incumplir la regla?, es decir, ¿puede sostenerse que este es un caso en el que la regla es jurídicamente

⁶³⁰ Cfr. Atienza, M., «A vueltas con la ponderación», en: M. Atienza y J. A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2012, p. 32.

derrotable? Claramente no, y para llegar a tal conclusión tampoco se requiere ponderación alguna.

Un último ejemplo sobre este punto. La regla «Prohibido el ingreso de animales a los locales públicos», parece tener como razón subyacente la protección de la salud y la tranquilidad de las personas que se encuentran dentro de los locales públicos, y sobre la base de este razonamiento puede concluirse su validez abstracta si realizar ningún balance. De otro lado, como se comprenderá, el hecho de que alguien llegue a la puerta de un centro comercial con un mono extraordinariamente bien amaestrado y con certificado de salubridad vigente, no le autoriza a ingresar con él, y tampoco es requisito balance alguno para llegar a dicha conclusión.

Por consiguiente, puede estipularse la siguiente meta-regla: *Una regla válida se aplica a un caso individual subsumible en su caso genérico, resulten o no aplicables sus principios subyacentes, siempre que no se aprecien ni siquiera prima facie principios que pongan en duda su aplicación, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna (Meta-regla N.º 15).*

Se tratará de un caso fácil desde punto de vista de la argumentación jurídica, en el que no se producirá derrotabilidad normativa de ninguna clase. Y es conveniente razonar así, puesto que, sin que pueda decirse que en tales casos la subjetividad interpretativa ha desaparecido, ciertamente, se encuentra presente en menor medida que si se hubiese ponderado. Se tratará, además, de casos que permiten confirmar que incluso en un Estado rematerializado como es el Estado Constitucional, hay motivos para tomarse la reglas en serio (aunque estén «solas»), en virtud de los principios formales o institucionales que también forman parte del Derecho.

Qué sucede, sin embargo, si dado un caso concreto al que una regla es *prima facie* aplicable, no se encuentra sustentada en su principio subyacente y su aplicación afectaría otro principio.

Piénsese en el siguiente ejemplo⁶³¹. Fuera de tiempo de elecciones, el JNE peruano vacó en el cargo de Alcalde municipal a un ciudadano por la causal prevista en el artículo 22º 6 de la Ley N.º 27972, referida a la existencia de una «sentencia judicial emitida en última instancia por delito doloso». Esta persona interpuso una demanda de amparo que dio lugar a un proceso en el que quedó indubitadamente acreditado que el JNE emitió la resolución de vacancia antes de que existiera una sentencia emitida en última instancia, a través de la cual además le cancelaba su documento nacional de identidad. Y no solo ello, sino que antes de que culmine el proceso de amparo, la sentencia penal definitiva declaró que la acción penal había

⁶³¹ Cfr. STC 2730-2006-PA.

prescrito por lo que no se emitió ningún juicio condenatorio. Cuando la persona solicito al JNE que declarara la nulidad de su resolución y lo repusiera en el cargo, este indicó que ello era imposible, puesto que, según quedó expuesto antes, de conformidad con el artículo 181° de la Constitución peruana, «las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno»⁶³².

Esta es, sin duda, una regla clara frente a la cual –a decir de Habermas y otros– la materialidad del Derecho poco tendría que hacer. Sin embargo, el artículo 2° 24 e) de la Constitución peruana reconoce el derecho a la presunción de inocencia; el artículo 31° reconoce el derecho a ser elegido representante; y el artículo 2° 1 reconoce el derecho a la identidad, y la aplicación de la regla hace irrevisable una resolución que los afecta. Dicha revisión además no comprometería ningún principio subyacente a la regla, puesto que no se está en tiempo de elecciones.

Siempre podrá decirse que la aplicación de la regla, por su mayor grado de determinación, viene respaldada por un rasgo jurídico esencial como es la certeza y por las fuertes razones para la acción que de ella derivan. Pero ningún rasgo formal del Derecho, por sí mismo, es superior a un principio sustantivo sustentado en la dignidad cuando, dado un caso, se encuentra notoriamente afectado por la aplicación de la regla.

Piénsese nuevamente en la regla «Prohibido cruzar el semáforo en rojo», cuya razón subyacente, como se dijo, es garantizar el orden del tránsito y la integridad personal y la vida de los peatones y los otros conductores. Si una persona llega a un semáforo en rojo con una persona gravemente herida en el asiento contiguo, y si cruza claramente no afectará los principios subyacentes, ¿está impedida de cruzar? Parece ser que la respuesta correcta es que no. Y para ello ha bastado constatar que la regla no está acompañada de su principio subyacente y que, dado el caso, su aplicación afectaría un principio contrario.

Igualmente, vuélvase a considerar la regla «Prohibido el ingreso de animales a los locales públicos», la cual, según se había sostenido, tiene como razón subyacente la protección de la salud y la tranquilidad de las personas que se encuentran dentro de los locales públicos. Recuérdese ahora el ejemplo propuesto por Shauer de la persona con discapacidad visual que quiere ingresar a un local público con un perro lazarillo. Si el perro lazarillo cuenta con un certificado de salubridad vigente, el principio que subyace a la regla no resultaría afectado. Por el contrario, si la regla se aplica se afectarían los derechos de la persona al libre desarrollo de la personalidad y a no ser

⁶³² Cfr. Resolución del Jurado Nacional de Elecciones peruano N.º 1186-2006-JNE.

discriminada en razón de su discapacidad. Así las cosas, ¿está impedido de ingresar? Nuevamente, la respuesta parece ser negativa⁶³³.

Lo expuesto parece permitir establecer la siguiente meta-regla: *Una regla válida resulta derrotada por un principio contrario, si, dado el caso, el principio subyacente a la regla no resulta aplicable, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna (Meta-regla N.º 16).*

Corresponde analizar la resolución de casos en los que, dadas sus características, una regla está respaldada por su principio subyacente y, a su vez, su aplicación afectaría a un principio contrario. En tales circunstancias, para que la regla resulte derrotada, será necesario que el principio contrario ostente más peso que el principio que respalda a la regla.

Recuérdese la regla que establecía el aislamiento celular continuo durante el primer año de detención para las personas condenadas por terrorismo. Imagínese que la regla es considerada válida (es decir que se considera que en abstracto es representativa de un adecuado balance entre los principios de integridad personal del recluso y la búsqueda de protección de la seguridad personal y la democracia), ¿significa que siempre será inderrotable en los casos en los que se encuentre respaldada por su razón subyacente? La respuesta es negativa. Piénsese en el siguiente ejemplo. Carlos es un condenado por terrorismo y transcurridos seis meses de su internamiento (es decir, estando aún vigente el régimen de aislamiento celular continuo), su madre se acerca al director del establecimiento penitenciario para comunicarle acreditadamente que como consecuencia de un cáncer terminal se le ha pronosticado como máximo dos meses de vida. Solicita formalmente, por consiguiente, poder ver a su hijo para despedirse de él. El caso individual no solo otorga ahora más peso al derecho a la integridad personal del condenado por terrorismo (el aislamiento generará en su caso, adicionalmente, no poder despedirse de su madre antes de su muerte), sino que ahora suma una importante afectación al derecho fundamental a la integridad personal de su madre. Las razones vinculadas a la seguridad parecen encontrarse, comparativamente, en un umbral menor de importancia.

Ante una negativa por parte del establecimiento penitenciario, un juez no deliberativo, simplemente, confirmaría la validez de la decisión administrativa. Uno deliberativo, en cambio, podría ordenar que el encuentro tenga lugar dentro del centro penitenciario tomándose las medidas de seguridad pertinentes. La regla, desde luego, mantendría su validez abstracta, pero habría sido derrotada en el caso específico⁶³⁴.

⁶³³ El Tribunal Constitucional peruano ha razonado parcialmente en este sentido (cfr. STC 2437-2013-PA).

⁶³⁴ Esto es lo que Ródenas denominaría «derrotabilidad en el nivel de las prescripciones contenidas en las formulaciones de las reglas» (cfr. Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, ob. cit., pp. 37 - 39). Puede generarse algún debate sobre si este último sería también

Volviendo al recurrido ejemplo sobre la regla que ordena la irrevisabilidad de las resoluciones del JNE, imagínese que en tiempos de elecciones el JNE ha impedido que una persona forme parte de una lista al Congreso por la religión que profesa. Obviamente habría violado su derecho a la libertad religiosa, pero si antes de que se resuelva el amparo presentado contra el JNE la elección ya se ha producido, ¿es posible reponer las cosas al estado inmediatamente anterior? Tal razonamiento conllevaría la nulidad de la elección con la consecuente afectación de la seguridad jurídica, es decir, la razón subyacente de la regla. En este caso, el principio subyacente parece tener más peso que el principio afectado, por lo que la regla tendría que aplicarse⁶³⁵.

Así, puede establecerse la siguiente meta-regla: *Si efectuada la ponderación un principio que resultaría afectado por la aplicación de una regla, tiene mayor peso que el principio subyacente que la respalda en el caso, la regla resulta derrotada, de lo contrario la regla se aplica (Meta-regla N.º 17).*

Debe quedar claro, sin embargo, que en todos los casos en los que una regla resulta derrotada, se incorpora una dosis de discrecionalidad (débil), pero, paradójicamente, se agrega también la posibilidad de dotar de una dosis adicional de racionalidad al ordenamiento, por el sencillo motivo de que de esta forma el mandato claro de normas creadas desde la abstracción, no se presenta como una fuerza irresistible más allá de la injusticia jurídica que su aplicación pueda generar en los casos concretos. En definitiva, la decisión judicial parece presentar irremediabilmente –a veces más, a veces menos– una mezcla de voluntad y razón. Una voluntad que se manifiesta en su faz creativa, y una razón que lo hace en la delimitación racional de dicha creación⁶³⁶.

o no un fenómeno de ejercicio del control difuso de constitucionalidad de normas. Si se defiende la tesis de que este control solo se da sobre normas inválidas en abstracto, no lo sería. Si se defiende la tesis de que el control difuso consiste en la inaplicación de una norma por las consecuencias inconstitucionales que derivarían de dicha inaplicación, con prescindencia de si la norma es o no válida en abstracto, entonces sí lo sería. Lo cierto es que en la cuna del control difuso (el *common law*) pareciera que el enfoque correcto es el segundo, puesto que, como se vio en el capítulo 1, el en estos ámbitos el concepto de validez abstracta tiene una pertinencia muy residual. No obstante, este enfoque puede ser algo problemático en los países en los que los jueces carecen de la competencia para ejercer dicho control. Y es que si se hace una asociación conceptual necesaria entre control difuso y derrotabilidad normativa, entonces en tales ámbitos ante un supuesto en el que se encuentre justificada la derrotabilidad de una norma, los jueces no podrían inaplicarla.

⁶³⁵ Es por ello que cuando el Tribunal Constitucional peruano estableció como criterio general que una resolución del JNE, a pesar de lo previsto en el artículo 181º de la Constitución, podía ser revisada si afectaba un derecho fundamental, se preocupó por agregar lo siguiente: «en ningún caso la interposición de una demanda de amparo contra el JNE suspende el calendario electoral, el cual sigue su curso inexorable. Toda afectación de los derechos fundamentales en que incurra el JNE, devendrá en irreparable cada vez que precluya cada una de las etapas del proceso electoral o en que la voluntad popular, a la que hace alusión el artículo 176º de la Constitución, haya sido manifestada en las urnas» (cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 39 b) y punto resolutivo 3).

⁶³⁶ Voluntad y razón no son, en efecto, cuestiones reñidas (cfr. Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 22).

Se podría decir que hasta el momento la línea de exposición de este estudio ha discurrido por tres grandes ejes: el concepto de la derrotabilidad jurídica, sus causas y su desarrollo funcional. Quedan por analizar entonces sus consecuencias para el ordenamiento jurídico. Como se verá en el siguiente capítulo, más allá de que, como se ha visto, en el fenómeno de la derrotabilidad jurídica también cumplen un rol importante los principios institucionales consubstanciales al Derecho con miras a evitarla en ciertos casos, ella no deja de ser fuente de una profunda indeterminación en el Derecho, motivo por el cual convendrá adentrarse también en la búsqueda de algún mecanismo institucional adicional que permita aliviar en cierta medida este importante inconveniente para la certidumbre jurídica. Un buen candidato para ello, como se apreciará, es el precedente constitucional vinculante.

CAPÍTULO 6: DERROTABILIDAD, INDETERMINACIÓN JURÍDICA Y PRECEDENTE CONSTITUCIONAL VINCULANTE

En el capítulo anterior se ha desplegado un importante esfuerzo en la búsqueda de acompañar al fenómeno de la derrotabilidad de las normas jurídicas, de una suficiente cuota de racionalidad. Sin embargo, es imposible soslayar que el efecto de irradiación de los derechos fundamentales genera en los Estados Constitucionales consecuencias preocupantes para la certeza y predictibilidad que también deben acompañar al razonamiento jurídico.

Este capítulo, en primer término, se ocupa del tratamiento de dos de esas consecuencias que merecen ser destacadas de modo singular: la fuerte indeterminación jurídica y la crisis de la semántica o literalidad de las reglas (apartado 1).

Luego se iniciará una exploración en algún mecanismo institucional que permita aminorar las repercusiones que estas consecuencias generan sobre la certeza y la predictibilidad jurídicas. Con este fin se destacará la mayor relación que la función jurisdiccional evidencia con la razón, frente a la conexión que existe entre la función legislativa y la voluntad, y ante estas diferencias (no ontológicas, por supuesto, sino graduales), se concluirá que tal mecanismo debe situarse en el plano de la interpretación constitucional jurisdiccional (apartado 2).

Es así que el enfoque se decantará hacia el análisis del concepto y de las características del «precedente constitucional vinculante» (apartado 3), sustentándose las razones por las que el instituto contribuiría a reducir significativamente la indeterminación del Derecho que la derrotabilidad jurídica genera, proponiéndose su incorporación, bajo ciertas características, en los sistemas jurídicos de *civil law* (apartado 4).

1. Principales consecuencias de la derrotabilidad jurídica.

Seguramente podría pensarse en una variada gama de consecuencias para el Derecho que la derrotabilidad jurídica trae consigo. No obstante, aquí corresponderá centrarse en las que se consideran más relevantes. La primera de ellas es una fuerte indeterminación del Derecho; indeterminación que, sin embargo, como buscará sustentarse más adelante, no aparece como una propiedad categórica, sino disposicional. La segunda está referida a la crisis de la interpretación literal de las

normas jurídicas; un método interpretativo que a veces es presentado como el último e infranqueable reducto en la identificación del Derecho, y que pone en evidencia determinadas tendencias que parecen retomar confianza en ciertas manifestaciones de los positivismos teórico e ideológico, que resisten la desaparición.

1.1 Fuerte indeterminación jurídica.

Si afirmar que una norma es derrotable, significa afirmar que no es posible anticipar de modo indubitado los casos individuales en los que será aplicada, entonces cabe advertir que la principal consecuencia de la derrotabilidad jurídica es una fuerte indeterminación del Derecho. No obstante, esta observación podría ser refutada señalando que la derrotabilidad jurídica vendría a ser más bien un producto de la indeterminación jurídica y no su génesis. Ocurre que una u otra conclusión es dependiente de lo que por indeterminación del Derecho se entienda.

A. Ródenas, ha distinguido cuatro sentidos en los que puede ser entendida la indeterminación del Derecho⁶³⁷. En primer lugar, se encuentra la *indeterminación causal de las decisiones judiciales*, que alude la insuficiente fuerza motivadora de las normas jurídicas en relación con las sentencias judiciales. En segundo lugar, alude a la *indeterminación debida a defectos lógicos de los sistemas jurídicos*, referida a la imposibilidad de precisar con exactitud cuál es el estatus jurídicos de determinadas acciones. En tercer lugar, cabe referirse a la *indeterminación lingüística del Derecho*, derivada de los problemas de ambigüedad o vaguedad del lenguaje. Y, en cuarto término, se encuentra la *indeterminación debida a problemas de coherencia o congruencia*, que tiene que ver con la indeterminación producida como consecuencia del conflicto entre valores jurídicos y sus respectivas razones, las cuales deben ingresar en una ponderación o balance antes de arribar a una solución jurídica.

Aunque Ródenas considera que el problema de la derrotabilidad se asocia solamente con el cuarto tipo de indeterminación, es decir, con el derivado del conflicto principal residente en el Derecho, esta conclusión requiere ser matizada. En efecto, tal indeterminación es la fuente de la derrotabilidad de las normas jurídicas, pero esta es, a su vez, fuente de la indeterminación jurídica entendida como insuficiencia *ex ante* de

⁶³⁷ Cfr. Ródenas, A., «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas», ob. cit., pp. 65 – 69. El planteamiento de Ródenas tiene fundamento, a su vez, en las ideas de Aguiló (cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 108), Guastini (cfr. Guastini, R., *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993, pp. 345 – 357), y Redondo (cfr. Redondo, M. C., «Teorías del Derecho e indeterminación normativa», ob. cit., pp. 177 – 196). Sobre la indeterminación jurídica, es también bastante ilustrativa las clasificación realizada por M. Segura Ortega entre indeterminación de contenido, indeterminación lingüística, indeterminación intencional e indeterminación como consecuencia de los defectos del sistema (cfr. Segura Ortega, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Ramón Areces, Madrid, 2006, Capítulo 2).

las normas jurídicas (por lo menos en lo que a las propiedades expresas de su supuesto de hecho respecta) en la determinación de las decisiones judiciales⁶³⁸, y entendida como imposibilidad de que exista un gobierno de las acciones humanas a partir tan solo de un análisis deductivo del Derecho. En ese sentido, es solo la indeterminación producida por la ambigüedad o vaguedad del lenguaje natural en el que es expresado el Derecho, la que no tiene una vinculación directa, como causa o como consecuencia, con el fenómeno de la derrotabilidad jurídica tal como se la ha entendido en este estudio, aunque solo sea por el hecho de que este tipo de indeterminación, en principio, no tiene relación alguna con la acción de la moral legalizada.

Pero se decía además que la indeterminación producida por la derrotabilidad lo era en un sentido *fuerte*, y esto conviene ser aclarado. Se mencionó en su momento que la derrotabilidad de las normas jurídicas era generada por la acción de la moral legalizada, y que en el caso concreto de los Estados Constitucionales, era producida, fundamentalmente, por el efecto de irradiación de los derechos fundamentales. Pues bien, si se toma en serio la fuerza vinculante de estos derechos, debe llegarse a la conclusión de que este efecto irradiatorio –con excepción de las reglas inderrotables derivadas de la dignidad humana tratadas en el capítulo 2– no deja norma del sistema jurídico a buen recaudo. Dicho de otra manera, debe llegarse a la conclusión de que el proceso de materialización que los derechos fundamentales desencadenan alcanza al ordenamiento en su conjunto y, por ende, a todas y cada una de las normas jurídicas. Y si ello es así, toda norma jurídica tiene una esencia moral legalizada, por lo que más allá de la estructura que posea, es capaz de funcionar como un principio en el razonamiento jurídico práctico, ponderándose con otras normas que aporten razones relevantes al caso concreto de que se trate⁶³⁹.

La secuencia del planteamiento es la siguiente: en el Estado Constitucional toda norma jurídica tiene una esencia moral legalizada, *ergo*, toda norma jurídica puede funcionar como un principio, *ergo*, con excepción de las reglas inderrotables derivadas de la dignidad humana, toda norma jurídica es derrotable⁶⁴⁰.

⁶³⁸ Aunque es cierto que aquí se está utilizando solo uno de los distintos modos de entender la *indeterminación causal de las decisiones judiciales* a la que alude Ródenas.

⁶³⁹ A. García Figueroa lo expresa en estos términos: «En mi opinión, la propiedad de una norma que la convierte en inaplicable en un caso específico, esto es, la causa de un derrotabilidad, surge de la conexión de la norma con la ética. La derrotabilidad jurídica tiene bases éticas. Si una norma presenta un contenido ético, entonces su aplicación está controlada por el discurso práctico general. Si asumimos esto y que el discurso práctico es derrotable también, entonces la derrotabilidad del discurso práctico general implica la derrotabilidad del razonamiento jurídico» (cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 358).

⁶⁴⁰ En ese sentido, parece que no debe existir reparo en señalar que «el enunciado “la norma N es un principio” equivale a “la norma N es derrotable”» (cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre

En ocasiones se ha pretendido defender la idea de que aun cuando las normas jurídicas pueden ser derrotadas, las meta-normas aplicables a los supuestos de colisión podrían dar lugar a determinadas reglas de prioridad, cuando menos, en determinados casos paradigmáticos de colisión de principios. Por solo citar un ejemplo, esta parece ser la tesis que defiende Moreso:

«... aunque un empresario de la comunicación tenga derecho a distribuir periódicos, no tiene derecho a distribuir periódicos con polvo de ántrax, puesto que el derecho a la integridad física derrota claramente en este caso la libertad de información. Es a partir de estos casos paradigmáticos que es posible construir una jerarquía entre los derechos o, mejor dicho, dar cuenta de los casos paradigmáticos es lo que hace admisibles algunas jerarquías y rechazar otras. Es, en mi opinión, cometido de la teoría del derecho articular las intuiciones que subyacen al reconocimiento de algunos casos como paradigmáticos en una ordenación jerárquica completa. Es cierto que es ingenua la pretensión de hacerlo para todos los derechos reconocidos en un texto constitucional, pero es más plausible la idea de hacerlo para un universo del discurso determinado y para un subconjunto de principios constitucionales»⁶⁴¹.

Desde la perspectiva que aquí se defiende, incluso el supuesto caso paradigmático utilizado por el autor en el que las cosas parecen estar tan claras, es un supuesto en el que la indeterminación jurídica puede estar presente, lo cual sugiere que incluso su confianza en establecer claras reglas de prioridad en determinados casos, es infundada. Y es que Moreso parece plantear mal el problema. Ya se ha mencionado que para que exista un caso de conflicto normativo, es necesario que *prima facie* una misma conducta sea subsumible en dos normas jurídicas cuya aplicación desencadenaría resultados incompatibles. Evidentemente, es difícil considerar, ni siquiera *prima facie*, que la distribución de ántrax es una conducta subsumible en el derecho a la libertad de información. Pero, en todo caso, más allá de que no se encuentre involucrada la libertad de información, lo que Moreso parece sugerir es que la distribución de ántrax siempre podrá ser considerada una conducta violatoria (en un sentido jurídico) de la integridad física, lo cual no es correcto. Y es que solo lo sería si el Derecho siempre y en todos los casos reprochara jurídicamente tal conducta, lo cual ciertamente no sucederá –por solo citar una excepción de las muchas que podrían existir– si la persona incurrió en la distribución de los periódicos sin posibilidad de conocer que contenían la referida sustancia. Como se sabe, usualmente la responsabilidad objetiva en materia penal está proscrita, pero incluso en

reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 356).

⁶⁴¹ Cfr. Moreso, J. J., Prólogo al libro de D. Mendonca, *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, ob. cit., pp. 15 – 16. También, del mismo autor, cfr. «Conflicto entre principios constitucionales», ob. cit., pp. 99 y ss.

aquellos ordenamientos en los que no lo esté expresamente, nada impediría que un juez penal decida exceptuar la aplicación de un tipo penal en un supuesto como el descrito, en vista de que las circunstancias bien pueden aconsejar dar prioridad al bien jurídico que el tipo penal ordena limitar (usualmente, la libertad personal), frente al bien jurídico que busca proteger (en este caso, la integridad física). En definitiva, el planteamiento de Moreso bien podría ser reconstruido bajo la afirmación de que la regla «Aquél que distribuya ántrax será condenado a X años de prisión», es una regla inderrotable, lo cual, sin duda, ni él mismo estaría dispuesto a aceptar.

De esta manera, un discurso sobre la derrotabilidad que la presenta como consecuencia de esta suerte de ubicuidad jurídica que caracteriza a los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, no es compatible con dejar fuera de su alcance a determinados sectores del ordenamiento bajo la creencia de que existe la posibilidad de arribar a ciertas reglas de prioridad entre principios en determinados casos paradigmáticos. De ahí que Prakken tenga razón cuando afirma que «como cualquier otra regla jurídica, las reglas jurídicas de colisión son también derrotables»⁶⁴².

Ahora bien, se ha criticado la tesis de la indeterminación fuerte del Derecho como consecuencia de la derrotabilidad, afirmando que resulta contraintuitiva, o si se quiere, contraempírica. Así por ejemplo, luego de aceptar que la aplicabilidad de toda regla está condicionada a que su aplicación no entre en conflicto con un principio que, en relación con las propiedades relevantes del caso, tenga un mayor peso, Atienza y Ruiz Manero refieren que «[t]ras reconocer esto uno puede, desde luego, concluir, al modo de los realistas, que las reglas no son más que juguetes vistosos, que el razonamiento jurídico es siempre radicalmente abierto, y entregarse, a continuación, a juegos verbales sobre la indeterminación (...). El problema de tal tipo de orientaciones es (...) que chocan con la evidencia de que, en relación con la inmensa mayoría de los casos individuales que se presentan ante los tribunales, su subsunción bajo el caso genérico contemplado en una regla general —y el dictado de una sentencia así fundamentada— no da lugar a ningún tipo de controversia entre la comunidad jurídica»⁶⁴³. Por su parte, J. Rodríguez y G. Súcar sostienen que el discurso sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas y su consecuente indeterminación, conlleva un «*total aniquilamiento* del derecho como procedimiento para la resolución de conflictos mediante la justificación a partir de normas generales. No obstante, el derecho cumple

⁶⁴² Cfr. Prakken, H., *Logical Tools for Modeling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht / Boston / London, 1997, p. 205. En sentido similar, cfr. Sartor, G., «Defeasibility in legal reasoning», en: Z. Bankowski (et al.) (editores), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht / Boston / London, 1995, p. 144.

⁶⁴³ Cfr. Atienza, M. y Ruiz, J., Apéndice al Capítulo 1 denominado «Réplica a los críticos», en: *Las piezas del Derecho*, ob. cit., p. 58.

tal función de un modo más o menos satisfactorio. Los legisladores continúan dictando normas generales y los jueces siguen justificando sus decisiones en tales pautas generales de conducta»⁶⁴⁴.

Pues bien, que exista una multiplicidad de casos en los que las normas generales sean aplicadas de un modo deductivo, no tiene por qué ser una prueba de la incorrección de la tesis de la derrotabilidad o de la tesis de la fuerte indeterminación jurídica que conlleva. En primer lugar, porque el planteamiento no pretende ser una descripción del modo de actuar de los tribunales, sino un enfoque conceptual derivado del reconocimiento jurídico de la moralidad de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, como fue señalado antes, que para que la derrotabilidad de las normas jurídicas se manifieste realmente, es preciso que el intérprete y aplicador del Derecho adopte una actitud pragmática deliberativa, algo que no suele caracterizar a los jueces de tradición jurídica romano germánica. Por lo demás, si de planteamientos descriptivos se tratase, podría hacerse también una lista muy larga de casos en los que se hace patente una fuerte indeterminación jurídica, debido, justamente, a que las normas jurídicas han sido asumidas como entidades derrotables.

Pero en realidad el principal motivo por el que una diversidad de casos en los que se haya actuado como si el Derecho fuese plenamente determinado, no demuestra que la derrotabilidad jurídica sea una tesis implausible, consiste en el hecho de que la derrotabilidad es una propiedad *disposicional* de las normas jurídicas y no una propiedad *categorica*⁶⁴⁵. Lo que es tanto como decir que la fuerte indeterminación a la que aquí se alude es también una propiedad *disposicional* del Derecho más no *categorica*. Las propiedades disposicionales, a diferencia de las categóricas, son aquéllas que se manifiestan solo cuando se verifica una cierta condición. Así, la derrotabilidad de una norma jurídica no se manifiesta mientras no se cumpla una determinada condición, a saber, «la concurrencia en t2 de otra norma en colisión que excluya los efectos o la aplicación del principio sin que ello fuera previsible (*i.e.* jurídicamente justificado) en t1»⁶⁴⁶.

Toda entidad disposicional involucra o se relaciona con ciertos elementos tales como la base de la disposición, su condición y su concreta manifestación⁶⁴⁷. La base de la derrotabilidad como propiedad disposicional de una norma jurídica, es la acción

⁶⁴⁴ Cfr. Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», ob. cit., p. 281. La cursiva es del original.

⁶⁴⁵ Se siguen aquí las ideas de A. García Figueroa en «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales en el concepto de Derecho», ob. cit., p. 215 y ss. También, del mismo autor, cfr. «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 353 y ss.

⁶⁴⁶ Cfr. García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales en el concepto de Derecho», ob. cit., p. 215.

⁶⁴⁷ Cfr. García-Carpintero, M., *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 135 y ss.

de la moral reconocida jurídicamente, y, en el caso especial de los Estados Constitucionales, la acción de los derechos fundamentales y su correspondiente efecto de irradiación. La condición, como se dijo, es la presencia de una colisión con una norma que aporte razones de mayor peso para solucionar un caso individual. Y la manifestación de la derrotabilidad de una norma jurídica, es su inaplicación a ese caso específico.

Siendo ello así, el elemento siempre presente en el caso de la derrotabilidad como propiedad disposicional de las normas, es su base, es decir, el reconocimiento de la presencia de los derechos fundamentales como principios jurídicos y morales que presiden el ordenamiento. Mientras que tanto su condición como su concreta manifestación pueden permanecer en un estado potencial. Por ello, que el Derecho en la mayoría de casos aparezca como determinado, no significa que la derrotabilidad no sea una propiedad de las normas jurídicas. Tal como señala García Figueroa, «los principios podrían presentar una serie de propiedades en un plano ontológico (su base), causantes de su disposición, que solo se *manifestarían* en el plano funcional en ciertos casos (la inaplicación de N2 causada por su conflicto con N3 de mayor peso). El hecho de que una disposición no se manifieste no significa que sea irrelevante»⁶⁴⁸.

Nada impide pues de que a pesar de que los jueces adopten una permanente actitud deliberativa, la derrotabilidad no se manifieste, en virtud de que todas las razones normativas relevantes inclinan la decisión hacia un mismo sentido. Pero ello no significa que la derrotabilidad no sea una propiedad de las normas jurídicas, en la medida de que se trata de una propiedad disposicional. Ni tampoco significa que la fuerte indeterminación no sea una propiedad disposicional del Derecho, en la medida de que su base moral genera que toda norma jurídica sea *potencialmente* una norma derrotable.

1.2 Crisis de la interpretación literal de las normas jurídicas.

De otro lado, la indeterminación jurídica derivada de la derrotabilidad de las normas, sitúa además en una profunda crisis al criterio de interpretación literal. Es inevitable apreciar que las «razones excluyentes» de Raz, las «reglas genuinas» de Redondo, el «modelo atrincherado» o la «autonomía semántica de las normas» defendida por Schauer, la «lógica de la argumentación» de Habermas, el «modelo interpretativo» de De Otto, el «valor de la predecibilidad» defendido por Campbell, etc., comparten en cierto modo un dato común identificado con la confianza y la

⁶⁴⁸ Cfr. García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», ob. cit., p. 356.

creencia de que, al fin y al cabo, hay un último reducto en las normas jurídicas que actúa como límite de los posibles resultados de la interpretación jurídica y de la solución de los casos concretos, y que se encuentra representado por el sentido literal de su texto. Aquí subyace además –a veces incluso, sin caer en la cuenta– una vuelta a ciertos rasgos de los positivismos ideológico y teórico.

Es probable que Müller sea quien haya planteado con mayor claridad esta defensa de la literalidad, aunque en relación concreta con el Derecho Constitucional: «En el Derecho Constitucional hay que mantener firme (...) el efecto clarificador y estabilizador del tenor literal de la norma como algo imprescindible en el Estado de Derecho, especialmente frente a las pretensiones de (...) tratar a la norma con sus límites trazados por el propio texto, como mero punto de partida para la solución del problema, del cual además se puede hacer caso omiso en cualquier momento en cuanto parece que deja de responder al contexto del problema»⁶⁴⁹. Esta afirmación podría ser entendida en el sentido de que las normas constitucionales que tengan una estructura cerrada y que guarden una claridad meridiana en sus términos, deben ser aplicadas sin juicio adicional alguno, y prescindiendo de determinados elementos de la realidad aún cuando éstos pongan en duda si la aplicación literal del precepto es la más adecuada.

R. de Asís, por su parte, es un defensor de lo que él denomina *exigencia de corrección semántica* como un rasgo de lo jurídico, cuando menos, en lo que a la interpretación de las normas constitucionales respecta. El autor refiere lo siguiente: «El Derecho se expresa a través de una lengua, y ésta utiliza términos que poseen un significado en ocasiones controvertido pero ni siempre controvertido ni totalmente controvertido. A estos efectos, tal vez sería difícil establecer una total determinación de los derechos, pero sería ilógico hablar de total indeterminación»⁶⁵⁰. De esta afirmación deriva que la semántica de las normas siempre aporta razones para la acción en la argumentación jurídica. Pero por supuesto este fundamental rasgo formal del Derecho no siempre se impone a la fuerza de la justificación que racionalmente pudiera derivar de la moral sustantiva que los derechos fundamentales representan. En todo caso, como bien refiere el profesor español, el «significado propio de los términos contenidos en el enunciado constitucional tomando como referencia la lengua en la que éste se expresa (...) constituye una idea regulativa de la interpretación que, en la práctica puede llegar a funcionar como una ficción, pero que en todo caso, es una exigencia racional y conceptual del propio Derecho»⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Cfr. Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», ob. cit., pp. 124 – 125.

⁶⁵⁰ Cfr. Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, ob. cit., pp. 108 – 109.

⁶⁵¹ Cfr. Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, ob. cit., pp. 124 - 125.

García Amado, ha planteado lo siguiente: «El decir de la Constitución, como de cualquier otra norma, es un decir con palabras. Más esto, que parece evidente, se torna oscuro cuando vemos tantas doctrinas actuales que aceptan que la Constitución expresa más de lo que dicen sus palabras, de modo que se confunde lo que la Constitución dice (y no dice) con lo que dicen sus intérpretes que dice. No es una mera perogrullada si afirmamos que la Constitución dice lo que dice y solo dice lo que dice»⁶⁵². De esta manera, no tiene reparo en afirmar que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes debe ser un control de mínimos, es decir, tan solo manifestado como la «garantía de que no se hagan eficaces en el sistema jurídico normas que manifiestamente vulneren la semántica de los enunciados constitucionales»⁶⁵³. Teniendo en cuenta esta posición no es extraño pues que metafóricamente se refiera a las normas constitucionales como «carteles»⁶⁵⁴.

Pues bien, evidentemente, defender la derrotabilidad jurídica trae como consecuencia una manifiesta discrepancia con posiciones como esta. En ella subyace un manifiesto escepticismo frente a la racionalidad del discurso jurídico moral, cuya falta de fundamento ha sido ya expuesta. Se trata de un escepticismo que en definitiva no toma en serio la moral material reconocida jurídicamente, pues si ella solo tiene la oportunidad de manifestarse por vía de una argumentación compleja, y esta siempre queda en última instancia sometida por el recurso formal a la literalidad de los textos jurídicos, su virtualidad se desvanece. En definitiva, se trata de una visión que reduce la axiología de los derechos fundamentales al sentido de las palabras que los reconocen. Sería ello un triste final para aquellas pretensiones éticas que después tantas bregas logran un reconocimiento jurídico.

No se entienda, sin embargo, que aquí se pretende minimizar el valor del lenguaje del Derecho y de la semántica de las normas jurídicas. No se trata de mantener una posición escéptica frente al significado lingüístico de los enunciados jurídicos. Desde luego, de la literalidad de los textos jurídicos es de donde emana con mayor énfasis la certeza del Derecho y las razones para la acción que de éste valor derivan. Además, el sentido de las palabras de los textos jurídicos es inevitablemente el punto de inicio de cualquier interpretación⁶⁵⁵, a partir del cual cabe continuar en la exploración de las otras razones para la acción que puedan derivarse de la misma

⁶⁵² Cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», ob. cit., p. 238.

⁶⁵³ Cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», ob. cit., p. 240.

⁶⁵⁴ Cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», ob. cit., pp. 256 – 257.

⁶⁵⁵ R. de Asís sostiene, con razón, que los criterios de interpretación gramatical y sistemático, se encuentran «siempre presentes» en el proceso hermenéutico, pues el primero «es requisito previo de cualquier interpretación; el segundo, de la interpretación jurídica» (cfr. Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, ob. cit., p. 96).

norma, esta vez, en sistemática con otras, de su teleología, etc. Pero como ya se señaló, una cosa es decir que la literalidad de los textos jurídicos aporte siempre determinadas y fuertes razones para arribar a una solución jurídica, y otra muy distinta que, en última instancia, actúen siempre como razones concluyentes en el razonamiento jurídico.

La aplicación de las normas jurídicas en el sentido literal de su texto, debe ser resultado de la compatibilidad que dicho sentido guarda con otros que derivan del uso de métodos interpretativos alternativos, o, en todo caso, de la argumentación relativa a la superioridad de las razones que son resultado de la referida interpretación literal frente a las razones opuestas que pudieran resultar de la aplicación de otros criterios hermenéuticos. En otras palabras, que la aplicación de una disposición jurídica aparente ser algo así como la consecuencia de la simple observancia del aforismo *in claris non fit interpretatio*⁶⁵⁶, en ningún caso debería dejar de ser ello, es decir, una simple apariencia, pues a la aplicación de las normas siempre debería preceder un razonamiento cuando menos un poco más complejo. Si así no se actuase, la moral sustantiva legalizada no tendría voz en el discurso jurídico o acaso solo la tendría cuando no se oponga a la fuerza de las formas.

Por lo demás, la defensa con excesivo ahínco de la supuesta irrefutabilidad de la literalidad de los textos jurídicos o la primacía de tal método interpretativo, a veces lleva aparejada, consciente o inconscientemente, una defensa de la interpretación aislada de las normas jurídicas, algo incompatible con el entendimiento del Derecho como sistema. Y es que desde el preciso instante en el que el razonamiento jurídico explora más allá del texto de una concreta disposición, por ejemplo para pasar a la exploración del texto de otra, se ingresa ya en el uso de, cuando menos, otro método interpretativo, a saber, el sistemático, con lo que el uso *exclusivo* del método literal conlleva necesariamente el análisis aislado de una norma jurídica.

En determinadas ocasiones, solo la confrontación de la literalidad de un precepto constitucional de las características descritas con la literalidad de otro (lo que ya implicaría una interpretación sistemática, dejando de la lado la supuesta supremacía de la interpretación literal), permite advertir que determinados elementos de la realidad sí deben ser tenidos en cuenta al momento de determinar la aplicabilidad o inaplicabilidad de una norma constitucional.

⁶⁵⁶ Como ha recordado Tarello, este principio no proponía concretamente la proscripción de la interpretación, sino la supremacía jerárquica de las «leyes claras» frente al resultado de cualquier labor interpretativa (cfr. Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p. 33).

Lo que sucedió con la «literalidad» del artículo 181° de la Constitución de Perú en la STC 2730-2006-PA, y que antes fue analizado, es un buen ejemplo⁶⁵⁷. Explorando un poco más en las razones que podían aconsejar dejar de lado una interpretación literal del referido artículo, las razones de esta quedaban en una posición bastante débil. Se trata, sin duda, de una disposición cierta, determinada, de estructura cerrada, en definitiva, de una regla, pero ello no ha impedido que resulte derrotada en una ponderación de razones, es decir, en una valoración racional de su respectiva fuerza en el discurso argumentativo.

Ahora bien, debe recordarse que se trata de una derrota casuística, más no de una pérdida de validez. Dicho de otra forma, que existan argumentos para sostener que en determinados supuestos la aplicación del artículo 181° no deberá efectuarse, no significa que no existan otros en los que tenga plena aplicabilidad su sentido literal. Y, como se vio, no se trata tan solo de aquellos casos en los que resulte manifiesto que el JNE no ha incurrido en violación *iusfundamental* alguna, sino también de otros en los que la fuerza de su principio subyacente permita concluir que la regla debe aplicarse de modo definitivo con toda su claridad semántica.

Pero, en definitiva, de lo que se trata ahora es de dejar claro que las razones para la acción derivadas del sentido gramatical de las palabras de los textos jurídicos, pueden ser también, en determinados casos, derrotadas, debiendo quedar en evidencia que la tesis de la supremacía abstracta de la interpretación literal no tiene sustento.

2. Jueces y razón, legisladores y voluntad.

Ahora bien, aun cuando la defensa de la derrotabilidad jurídica como una propiedad disposicional permita hacer frente a las críticas que la consideraban como un postulado contraintuitivo, lo cierto que es que la base moral de la derrotabilidad, sitúa al Derecho en una potencial impredecibilidad, sumamente perjudicial para el mantenimiento de la racionalidad que se le reclama como instrumento de control social. La derrotabilidad de las normas jurídicas se encuentra relacionada con la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, y, en esa medida, es un elemento que encierra una serie de bondades para el adecuado desenvolvimiento de la dignidad humana, pero, a su vez —es imperioso reconocerlo—, y por paradójico que resulte,

⁶⁵⁷ Recuérdese que el artículo 181° de la Constitución peruana, establece que «las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones son dictadas en instancia final, definitiva, y no son revisables. Contra ellas no procede recurso alguno». Es decir, una regla constitucional que para el pensamiento de García Amado, Müller y otros, resultaría, a todas luces, invencible.

comporta un riesgo de importantes dimensiones para la certeza del Derecho cuyos vínculos con el valor de la autonomía personal han sido ya resaltados. Ello obliga a buscar mecanismos institucionales adicionales que permitan aminorar esos peligros. García Figueroa lo ha expresado en estos términos: «Por paradójico que parezca, si queremos considerar ciertos derechos como *triumfos*, entonces debemos dotarles del grado suficiente de flexibilidad que les permita conservar su validez incluso frente a las posibles *derrotas* que deban soportar dentro del discurso jurídico (...). Esto explica la correlación entre la dimensión axiológica y la dimensión deontológica de los principios jusfundamentales. Naturalmente en su conjunto esta estrategia comporta riesgos, singularmente la judicialización excesiva de nuestros derechos constitucionales. La administración de estos riesgos es tarea compleja en la que factores como la cultura jurídica y política de un sistema o los resortes específicos de un diseño institucional revisten gran importancia»⁶⁵⁸.

Así las cosas, cabe preguntarse ¿qué elementos institucionales resultan idóneos para aminorar los riesgos que la derrotabilidad jurídica representa para la certeza del Derecho? La respuesta a tal interrogante pasa necesariamente por tener en cuenta determinados factores desencadenantes de la referida derrotabilidad. Entre ellos destaca el rol de la evaluación de los casos concretos en la determinación del contenido de las normas jurídicas. En efecto, si algo destaca al fenómeno de la derrotabilidad de las normas jurídicas, es que las excepciones implícitas a su aplicación solo son apreciadas ante la resolución de ciertos casos individuales, y ello parece situarnos en el escenario de los jueces, antes que en el de los legisladores.

A continuación, se incidirá más concretamente en determinadas razones que nos llevarían a la conclusión de que al momento de institucionalizar algún mecanismo que reduzca el potencial grado de indeterminación jurídica que la derrotabilidad conlleva, es preciso dirigir las miradas al Poder Jurisdiccional.

Si la derrotabilidad jurídica, tal como es enfocada en este estudio, es plausible, entonces no queda más remedio que aceptar que el Derecho abstracto es una realidad de propiedades incompletas mientras no se le confronte con los casos concretos. Solo estos tienen la virtualidad de permitir ver más claramente tras esa transparencia de las normas jurídicas. Y si ello es cierto, debe aceptarse dos consecuencias adicionales. En primer lugar, que el Derecho debe ser apreciado fundamentalmente y en última instancia como una disciplina práctica. El Derecho no es siempre determinado, pero debe ser siempre determinable, y el método para lograr dicha determinación es el razonamiento práctico recaído en el contenido moral del

⁶⁵⁸ Cfr. García Figueroa, A., «Norma y valor en el neoconstitucionalismo», en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 7, Volumen 2, Enero – Junio 2006, p. 18 – 19.

Derecho. En segundo lugar, deberá aceptarse también que la definición última del contenido del Derecho es una tarea que, no estando exenta de límites, recae en manos de los jueces.

Algunos autores han denominado al Estado Constitucional, «Estado Judicial», en el afán de clarificar que el resguardo último (supremo, aunque no excluyente) de los derechos fundamentales, reside en la jurisdicción⁶⁵⁹. Esta denominación resulta exagerada e inadecuada, pues puede llevar a una confusión desde la que se concluya que el constitucionalismo ha desembocado en aquello que justamente quería evitar, es decir, en instituir a un poder como el soberano; en este caso, al jurisdiccional. Lejos de ensalzar el denominado «gobierno de los jueces», lo que la tesis del Estado Constitucional defiende es la del destierro definitivo de cualquier forma de poder absoluto (en el que desemboca la jerarquización entre poderes⁶⁶⁰), pues éste es siempre una amenaza para los derechos fundamentales.

Como es sabido, existe un álgido debate entre quienes defienden la dualidad democracia/legislador y quienes (comulgando con la tesis constitucionalista) defienden la dualidad derechos/juez⁶⁶¹. El análisis profundo de ese debate no es objeto de este estudio, pero conviene exponer algunas ideas sobre el particular.

El motivo por el que desde el constitucionalismo se postula que la interpretación suprema de la Constitución y de los derechos debe residir en la jurisdicción y, concretamente, en los tribunales constitucionales, no es porque se considere a éstos entidades infalibles, ni menos aún porque se les quiera proclamar como los nuevos soberanos, sino: a) Porque reconociendo que ejercen también un poder político y ponderan elementos de esta índole, sus decisiones se desenvuelven fundamentalmente en el marco de lo jurídico como signo patente del sometimiento del poder al Derecho⁶⁶². b) Porque las normas de creación jurisdiccional guardan una vinculación más estrecha con la razón, mientras que en el caso de la ley dicha

⁶⁵⁹ Cfr. Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 27 - 29.

⁶⁶⁰ Aún cuando en la actualidad se comprende bien que todo poder público se encuentra sometido a la Constitución del Estado, desde algunas posiciones se continúa defendiendo la tesis de que el Parlamento o en su caso el Ejecutivo (dependiendo de las tradiciones), sigue siendo el primer poder del Estado. Tal como ha denunciado el constitucionalismo, no se comprende que, aún cuando como consecuencia de las competencias que le son inherentes o de las coyunturas políticas, alguno de los poderes del Estado pueda tener un mayor protagonismo que los otros, en el Estado Constitucional no se admite la existencia de un «primer poder», sino tan solo un equilibrio entre poderes. Tal como ha sostenido J. Rawls —siguiendo lo que desde su perspectiva es la posición de Lincoln—, «en el estado constitucional el poder último no puede dejarse al legislativo, ni tampoco al tribunal supremo, que solo es el intérprete jurídico supremo de la constitución, el poder último radica en las tres ramas, las cuales se hayan en una relación debidamente definida entre sí, y cada una de ellas es responsable ante el pueblo» (cfr. Rawls, J., *El liberalismo político*, traducción de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996, p. 267).

⁶⁶¹ En lo que a lecturas en castellano respecta, cfr., por todos, el excelente trabajo de J. C. Bayón, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», ob. cit.

⁶⁶² Tal como destacaba el propio Kelsen, la diferencia entre el carácter político de los actos de un juez y el de los gobernantes y legisladores no es una cuestión cualitativa, sino simplemente cuantitativa (cfr. Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58).

vinculación se entabla en mayor medida con la voluntad. Con ello no quiere afirmarse que toda fundamentación judicial sea siempre razonable o que toda ley sea siempre consecuencia del simple voluntarismo. Se quiere decir tan solo que en el ámbito de la decisión política suele primar el criterio de oportunidad propio de quien actúa a instancia propia y que no tiene un deber de coherencia con el pasado, mientras que en el ámbito de la decisión jurisdiccional, prevalece la razonabilidad de quien actúa a instancia de parte y que, partiendo de un deber de coherencia con el pasado, tiene que justificar una decisión y no solo «mostrarla», sino «demostrarla» como jurídicamente correcta⁶⁶³. Como bien apunta Aguiló, «el valor que se atribuye a las normas de origen jurisdiccional no proviene tanto del valor que se atribuye al órgano del que emanan, cuanto de que sean un producto de la “elaboración racional del propio Derecho”»⁶⁶⁴. c) Porque su relación *ad hoc* y permanente con la Constitución, los tecnifica en mayor grado en una materia de singular dificultad como aquella que subyace en la interpretación de disposiciones que responden a una singular indeterminación y estructura⁶⁶⁵. d) Porque la trascendencia de muchos de los temas que abordan, los sitúa también en el núcleo mismo del control permanente por parte de los otros poderes públicos, particularmente, del Legislativo, allí donde puede iniciársele a sus miembros un juicio en el seno parlamentario, además de ser el objeto del ejercicio del derecho fundamental de crítica a su labor, tanto por parte de la opinión pública, en general, como de la academia, en particular. e) Porque, en fin, en el correcto entendido de que la verdadera democracia es el gobierno de las mayorías con pleno respeto por el derecho de las minorías, las decisiones de la jurisdicción constitucional en aquellos casos en los que deben hacer frente a las decisiones del

⁶⁶³ «El legislador tiene libertad para desarrollar su proyecto político dentro de los márgenes que le ofrece la Constitución. Y, si su actuación se desenvuelve en las coordenadas constitucionales, posiblemente no tenga que justificarse, desde el momento en que ha actuado con los materiales normativos que la Constitución ha puesto en sus manos. En todo caso, su justificación será estrictamente política. Además, el legislador no se encuentra apremiado por las particularidades de las situaciones concretas, ya que en líneas generales su producto normativo va a estar en su sentido y en su regulación, a distancia de los casos particulares. Es el juez el que se encuentra obligado a ofrecer una respuesta a esos casos. Y para ello se encuentra en una situación en la que se ve sometido al imperio del Derecho» (cfr. Ansuátegui, F. J., «Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», ob. cit., p. 553).

⁶⁶⁴ Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, p. 121.

⁶⁶⁵ Aunque Habermas sostiene que esto no tendría por qué ser así, reconoce que la jurisdicción constitucional «se nutre de una desconfianza muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo. Conforme a esta concepción la jurisdicción creadora de derecho, que ejerce el Tribunal Constitucional, se justificaría tanto por la distancia de éste respecto de la política, como por la superior profesionalidad de sus discursos profesionales» (cfr. Habermas, J., *Facticidad y validez*, ob. cit., p. 339).

Estado, aparecen como un poder contramayoritario que lejos de representar una amenaza para las democracias, las fortalece⁶⁶⁶.

En todo caso, como bien apunta Prieto, el constitucionalismo representa una opción más equilibrada de lo que aparenta, «no solo porque el legislador dispone de un indiscutible margen para desarrollar sus proyectos sin interferencias, sino también porque la actividad judicial responde a unas fórmulas distintas y mucho más angostas que las que gobiernan la actividad legislativa»⁶⁶⁷.

Las normas adscritas de creación jurisdiccional no son comparables con la capacidad creadora disposicional *ex novo* que tiene el legislador, en el sentido de que las disposiciones por él creadas no surgen necesariamente de la interpretación concreta de parte del ordenamiento, sino de su simple voluntad inspirada en la oportunidad política y en la conveniencia de dar solución a determinados problemas sociales presentes o potenciales⁶⁶⁸. Dicho de otra forma, a diferencia del razonamiento judicial que nace de la dilucidación de hechos pasados, en el campo del legislador usualmente existe la obligación de efectuar una prognosis sobre la situación futura que buscará aliviarse con el mandato, la prohibición o la permisión contenida en la futura ley; prognosis que, desde luego, no solo nace en la abstracción, sino que se proyectará en un ordenamiento también abstracto⁶⁶⁹. Ciertamente es que la validez de la creación legislativa se encuentra sujeta a su conformidad con el texto constitucional, pero existe una manifiesta diferencia entre crear normas a partir de la directa e inexcusable interpretación del ordenamiento jurídico, que es lo que necesariamente hace un juez, y crear normas que resulten conformes con el ordenamiento jurídico, que es lo que le basta hacer al legislador para que su actividad normativa pueda ser tomada como válida. Asimismo, a diferencia del legislador, el juez se encuentra en una situación de pasividad procesal, lo cual genera que la norma derivada de la causa guarde una necesaria conexión con los hechos del caso y los planteamientos que, a

⁶⁶⁶ Cfr. Holmes, S., «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en: *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C. / Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999, p. 217 y ss.

⁶⁶⁷ Cfr. Prieto, L., «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional», ob. cit., p. 44.

⁶⁶⁸ Es cierto, sin embargo, que existen determinadas leyes que únicamente tienen por propósito concretizar interpretativamente algún mandato constitucional. Este es el caso, por ejemplo, de las conocidas aunque no pacíficamente denominadas leyes de «interpretación auténtica» de la Constitución (sobre este tipo particular de leyes puede revisarse el trabajo de E. Carpio, «¿Interpretación auténtica de la Constitución?», en: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, Año 1, N.º 1, julio 2000, p. 257 y ss; también es interesante la perspectiva expuesta por N. P. Sagüés en su artículo «El Congreso versus el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución», en: *Foro Constitucional Iberoamericano*, N.º 1, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1NPS.pdf, revisada el 18-7-15), y también el de las leyes (usualmente orgánicas) que tienen por objeto específico el desarrollo del contenido constitucionalmente protegido de determinados derechos fundamentales.

⁶⁶⁹ Por ello Geiger ha referido que «este rasgo de la prospectividad es la especial modalidad funcional propia de la ley que falta en la norma creada por el juez» (cfr. Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho* (1964), traducción de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1984, p. 178).

propósito de ellos, hayan sido alegados por la partes⁶⁷⁰. Aunque nos encontremos frente a una judicatura sumamente activista, lo cierto es que la norma contenida en la sentencia no podrá escapar de su originaria y esencial relación con el mundo fáctico que originó la causa. Debe tenerse en cuenta además que son los intereses y derechos subjetivos involucrados en el proceso, y no deseos o programas de actuación política los que sirven de base para la creación jurisdiccional del Derecho⁶⁷¹.

Aguiló resume las diferencias entre el ejercicio normativo del legislador y el del juez, recordando que en el caso del legislador es a instancia propia, no limitado al desarrollo puntual de la competencia, no vinculado a un deber de coherencia con el pasado, y no vinculado por un deber de independencia; mientras que en el caso de juez la creación normativa se ejerce siempre a instancia de parte, se agota en el ejercicio de la competencia, está vinculada por un deber de coherencia con el pasado y debe realizarse acorde con el principio de independencia⁶⁷².

Finalmente, hay una diferencia medular entre la función judicial y la legislativa que técnicamente ofrece un argumento de singular significancia a favor de la tesis constitucionalista. Se ha señalado que solo a la luz de los casos concretos es posible abrigar una interpretación definitiva (cuando menos para el caso planteado) de las normas jurídicas, y que el contenido de los derechos fundamentales proyectado en la totalidad del ordenamiento jurídico, exige que en diversas oportunidades sea la ponderación la que determine la norma adscrita que permita brindar solución al litigio. Pues bien, vistas así las cosas, es claro que la ponderación, en su expresión última, es algo que solo puede hacer el juez y no el legislador. Lo que es tanto como decir que si se quiere evitar que la determinación última del contenido del Derecho sea competencia de los jueces, la ponderación debe ser excluida como técnica de juicio, algo que parece atentar contra la juridicidad misma de la Constitución y de los derechos fundamentales. Y es que «la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá *orientar* la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esa labor»⁶⁷³.

Debe quedar claro, sin embargo, que con ello no pretende afirmarse que la ponderación de razones normativas sea un asunto solo de jueces y no de legisladores. García Amado ha referido que en la postura del constitucionalismo subyace la idea de

⁶⁷⁰ Cfr. Cappelletti, M., *Giudice legislatore?*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 63 y ss.

⁶⁷¹ Cfr. Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, ob. cit., p. 228 y ss.

⁶⁷² Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 121 – 123.

⁶⁷³ Cfr. Prieto, L., «Del mito a la decadencia de la Ley. La Ley en el Estado constitucional», ob. cit., p. 41.

que solo los jueces tienen la capacidad de elaborar un juicio ponderativo⁶⁷⁴. Esta crítica no es acertada, pues no existen noticias de algún partidario del constitucionalismo que defienda semejante tesis⁶⁷⁵. Y es que no hay motivo alguno para pensar que una determinada política legislativa no se encuentra sustentada en una adecuada ponderación de las distintas razones jurídicas que pueden ofrecerse para que ella tome una u otra dirección. De hecho, cuando un juez analiza si una ley es o no constitucional, debe partir de esta presunción a favor del legislador, y esa sola presunción tiene ya un peso en el juicio que recaiga sobre la norma.

Lo que ocurre es que la ponderación legal tiene, cuando menos, dos desventajas cualitativas frente a la ponderación judicial. La primera consiste en que, usualmente, se trata de una ponderación implícita. Es decir, por lo general, las razones que han llevado al legislador a optar por una u otra decisión, permanecen en el terreno de la especulación⁶⁷⁶. Nada más lejano de la situación en la que se encuentra un juez del Estado Constitucional; Ansuátegui lo explica de modo muy claro: «Es la lógica del constitucionalismo y de las exigencias limitativas del poder que le son consustanciales, la que impone al juez la obligación de poner un especial empeño a la hora de motivar su decisión, a la hora de explicar cuáles son las razones, los argumentos que ha tenido en cuenta en su razonamiento intelectual y que le han llevado a adoptar una concreta y determinada decisión, en contra de otras posibilidades. Por eso existe un vínculo importante entre los rasgos jurídicos del constitucionalismo y el desarrollo del interés por la argumentación jurídica, y más en particular, por la argumentación judicial. Y es [a] través de la explicación y de la publicidad de esas razones (...) que [se] asegura[] el examen de su mayor o menor aceptabilidad. La razonabilidad, entendida como elemento básico del test de aceptabilidad al que debe ser sometida la

⁶⁷⁴ En concreto, claramente desinformado, atribuye este planteamiento a Prieto (cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», ob. cit., pp. 237 – 264).

⁶⁷⁵ Antes bien, el propio Prieto ha sostenido la tesis contraria: «[L]o que pretende el juicio de ponderación es concretar o hacer explícita una de las excepciones implícitas que caracterizan a los principios como normas abiertas, y esto es algo que también puede hacer y de hecho hace la ley» (cfr. Prieto, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, ob. cit., p. 197). Se ha puesto de relieve también que, en cierto modo, se han asociado las normas legales de estructura cerrada con una previa ponderación: «Lo que pretendería el legislador al dictar una regla sería proporcionar por anticipado el resultado de un proceso de ponderación (...) para una clase de casos (esto es, para un caso genérico), lo que naturalmente presupone un determinado punto de vista acerca de cuáles son las razones que típicamente concurren en esa clase de casos y cuál el peso relativo que típicamente tienen en ellos» (cfr. Bayón, J. C., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?, ob. cit., p. 52).

⁶⁷⁶ El propio García Amado reconoce esta situación, aunque parece minimizarla: «Las decisiones legislativas también son susceptibles de ser juzgadas en términos de racionalidad argumentativa, aun cuando, como es obvio, dicha racionalidad no se exprese en la “motivación” de la ley, sino en el proceso de su elaboración» (cfr. García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», ob. cit., p. 255). Lo que no se entiende bien es qué clase de juzgamiento en términos de racionalidad argumentativa puede recaer sobre razones desconocidas. Parece que García Amado pretende derivar la racionalidad legislativa del cumplimiento de un procedimiento formalizado, pero ocurre que de ahí podría derivar tan solo su racionalidad formal, pero no sustantiva. Ello, desde luego, no significa que carezca de esta última, sino tan solo que su determinación requerirá de un esfuerzo adicional por parte del juzgador.

decisión judicial es, en ese sentido, una de las manifestaciones que presenta la seguridad jurídica en el constitucionalismo contemporáneo. Y es también, como consecuencia de lo anterior, una garantía de nuestra libertad»⁶⁷⁷.

Es inevitable apreciar que hay una conexión necesaria, de un lado, entre la inexistencia de una motivación legislativa y la legitimidad de origen de la que gozan los parlamentos, y de otro, entre la exigencia de una motivación judicial y la legitimidad de ejercicio desde la que suele valorarse la función de los órganos judiciales⁶⁷⁸. Y estos elementos, a su vez, vuelven a revelar que hay motivos para situar con mayor énfasis la función legislativa en el ámbito de la voluntad, y la función judicial en el ámbito de la razón, sin que ello signifique que pueda establecerse una escisión cabal entre los dos polos⁶⁷⁹.

La segunda desventaja de la ponderación legal, ya tratada en cierto modo, es que en la medida de que se desenvuelve en un análisis de relevancia abstracto sobre las propiedades que debe cubrir la ley, es un juicio potencialmente incompleto. En efecto, nada impide que aunque en un caso específico se verifiquen tales propiedades, la presencia de propiedades adicionales incline la decisión en sentido contrario al de la solución prevista por la norma jurídica. Esto no revela que el juicio ponderativo llevado a cabo por el legislador sea menos o más justo que el que lleva a cabo un juez, significa tan solo que es un juicio más limitado al desenvolverse en un plano de análisis en el que inevitablemente la información será siempre más incompleta que aquella de la que goza un tribunal.

Así pues, y en concreto, si se tiene en cuenta: a) que la derrotabilidad de una norma solo se manifiesta en determinados supuestos en los que el Derecho es puesto en conexión con los hechos de los casos concretos; b) que para que una norma resulte derrotada es preciso hacer explícitas las razones en virtud de las cuales no será aplicada a pesar de verificarse en el caso individual las propiedades recogidas en su caso genérico; c) que la ponderación entre normas jurídicas es un presupuesto necesario para la derrotabilidad de alguna de ellas y su idónea realización requiere de una información suficiente; d) que, en esa medida, la derrotabilidad jurídica es un fenómeno que requiere guardar mayor conexión con la razón que con la voluntad; y, e) que todos estos rasgos son exigencias o características del ejercicio de la función judicial y no lo son (o por lo menos no en suficiente grado) del ejercicio de la función

⁶⁷⁷ Cfr. Ansuátegui, F. J., «Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», ob. cit., p. 554.

⁶⁷⁸ En este ámbito es de singular interés el modelo de motivación completa propuesto por R. de Asís, en el cual el criterio de explicitación o de manifestación juega un rol fundamental (cfr. Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, ob. cit., p. 87 y ss.). Tal como refiere este autor, dicho criterio «exige hacer públicas las reglas, los enunciados normativos, los criterios interpretativos y los criterios de justificación que sirven para motivar la decisión (...) y no dejar esta tarea a quien analiza la decisión» (p. 88).

⁶⁷⁹ Cfr. Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, ob. cit., p. 129 y ss.

legislativa, entonces se comprende mejor por qué resulta conveniente situarnos en el plano jurisdiccional al momento de analizar qué instrumento institucional resulta idóneo para aminorar la indeterminación jurídica causada por la potencial derrotabilidad de las normas jurídicas.

Ahora bien, si lo que la derrotabilidad jurídica genera es una fuerte indeterminación, ello es tanto como decir que genera un importante grado de impredecibilidad jurídica, motivo por el cual es preciso pensar en mecanismos que, relacionados con la función judicial, se caractericen por dotar al sistema de mayor seguridad jurídica. Asimismo, si la derrotabilidad es originada por el efecto irradiatorio de los derechos fundamentales y éstos usualmente están reconocidos en las constituciones, entonces, parece que el referido mecanismo debe situarse en el marco de la interpretación constitucional realizada por los jueces. Así las cosas, todo parece apuntar a que el instrumento idóneo para reducir aquel problema de indeterminación, es el denominado «precedente constitucional vinculante».

3. Concepto y características del precedente constitucional vinculante.

Cuando hace muchos años D. Chamberlain debió ocuparse de una definición del precedente en el *common law*, afirmó lo siguiente: «Una decisión de un tribunal o un juez, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso, y necesaria para el establecimiento del mismo, es una autoridad, o precedente obligatorio, para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango, en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión»⁶⁸⁰. En los sistemas de *common law*, un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por sus tribunales superiores⁶⁸¹, sin perjuicio de lo cual corresponde a aquél determinar la identidad sustancial entre los casos que es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente.

La definición de Chamberlain es bastante ajustada, pero evidentemente ha sido expuesta en clave anglosajona, es decir, desde el caso concreto hacia el ordenamiento. En vista de que en los sistemas de *civil law* suele existir cierta dificultad para visualizar el Derecho desde un enfoque práctico, el asunto puede ser planteado desde una perspectiva más abstracta, aunque el punto de llegada sea en puridad el mismo.

⁶⁸⁰ Cfr. Chamberlain, D., «The doctrine of *stare decisis* as applied to decisions of constitutional questions», en: Harvard Law Review, N.º 3, Octubre 1889, p. 125.

⁶⁸¹ Cfr. Magaloni, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001, pp. 30 - 42; en concreto, pp. 32 y 38.

En la frase «precedente constitucional vinculante», el sustantivo «precedente» hace alusión a una particular fase de la producción normativa, distinta y posterior a aquélla correspondiente al momento de la «configuración dispositiva», entendida ésta como el acto de incorporación al ordenamiento jurídico de una disposición (constitucional, legislativa, reglamentaria...), es decir, de un texto o enunciado lingüístico, que sirve de factor principal (pero no único) a las subsecuentes fases de producción normativa⁶⁸².

De este modo, cuando se habla de precedente, se alude a la regla jurídica (norma) que, vía interpretación o integración del ordenamiento dispositivo, crea el juez para resolver el caso planteado, y que debe o puede servir para resolver un caso futuro sustancialmente análogo. Deberá servir para resolver el futuro caso análogo si se trata de un precedente vinculante, y solo podrá servir para ello si se trata de un precedente persuasivo⁶⁸³. A esta norma suele denominársele *ratio decidendi*, una figura jurídica que se encuentra identificada con aquellos fundamentos, justificaciones o motivos plasmados en la sentencia judicial «que si cambiasen darían lugar a un fallo distinto»⁶⁸⁴, en contraposición a los llamados *obiter dicta*, es decir, aquellos criterios que no sirven para apoyar directamente el fallo, aunque eventualmente pueden servir de base al establecimiento de la *ratio decidendi*⁶⁸⁵.

Dicha norma puede surgir tan solo de la interpretación o integración directa de las disposiciones pertinentes en la resolución de la causa, con una relativa prescindencia de las características fácticas del caso. En otras ocasiones, surge de su interpretación en clara, directa e imprescindible vinculación con los hechos de la causa. En todo caso, que los factores de los que surge la regla sean más dispositivos que fácticos o viceversa, es solo una cuestión de grados. Es probable que a estos distintos grados sea a los que alude M. Taruffo cuando describe las distintas manifestaciones que puede tener la *ratio decidendi* o *holding* que encierra al precedente: «Tal vez se trata del criterio usado para calificar los hechos relevantes de la controversia y para decidir sobre ellos, con una acentuación de la referencia a los hechos. Otras veces se entiende, al contrario, el principio jurídico usado como criterio para decidir, con una acentuación sobre la norma en vez del hecho. Otras veces se entiende el argumento jurídico empleado, para justificar la decisión relativa a la

⁶⁸² Aquí será de utilidad volver a tener en cuenta la diferenciación entre disposición y norma que ya fue objeto de análisis.

⁶⁸³ «Constituye un “precedente” a los fines de la interpretación jurídica toda decisión judicial anterior que tenga alguna *relevancia* para el juez que debe resolver el caso» (cfr. Sodero, E., «Sobre el cambio de los precedentes», en: *Isonomía*, N.º 21, Octubre 2004, p. 220. La cursiva es del original).

⁶⁸⁴ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 244.

⁶⁸⁵ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 243.

Sobre los conceptos de *ratio decidendi* y *obiter dicta*, también cfr. López, D., *El Derecho de los jueces*, 2da. edición, Legis, Bogotá, p. 220 y ss; asimismo, cfr. Bernal, C., «El precedente constitucional», en: *El Derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 176 – 180.

calificación de los hechos o la decisión relativa a la selección de la *regula iuris*, o ambas»⁶⁸⁶.

De esta forma, quizá la mayor virtualidad de la norma creada por los jueces que recibe el nombre de precedente, es que es un producto del razonamiento práctico. Es decir, producto de un razonamiento en el que los hechos y el Derecho, en mayor o menor medida, se conectan para hacer explícitas las propiedades que resultan determinantes para resolver un específico caso planteado, y que, desde la abstracción del sistema, no necesariamente pueden ser apreciadas.

El adjetivo «constitucional» alude a que la regla jurídica considerada precedente surge de la interpretación de disposiciones constitucionales, de disposiciones infraconstitucionales interpretadas de conformidad con aquéllas, y/o de la evaluación de la validez o invalidez de actos u omisiones a la luz de la Constitución. Es decir, para que exista un precedente constitucional, es preciso que las disposiciones constitucionales hayan participado, de forma exclusiva o no, en la creación jurisdiccional de la norma. En consecuencia, el precedente constitucional puede derivar potencialmente de cualquier caso judicial, en la medida de que es obligación de la judicatura no arribar a conclusiones jurídicas que resulten incompatibles con las normas constitucionales, y, en particular, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales.

Por su parte, el adjetivo «vinculante» hace referencia a la fuerza jurídica con la que se proyecta la creación de la norma para la solución de los casos futuros sustancialmente idénticos a aquél en el que fue establecida⁶⁸⁷. No debe confundirse pues la creación normativa judicial con su efecto vinculante o no vinculante⁶⁸⁸. La referencia al efecto vinculante de un dato normativo, alude a la imposibilidad que tiene el operador jurídico al que se dirige de inaplicarlo en aquellos casos en los que se tiene verificado el supuesto que desencadena su consecuencia jurídica, a menos claro está que quede verificada además la existencia de una excepción jurídica a su aplicación.

⁶⁸⁶ Cfr. Taruffo, M., «Dimensiones del precedente judicial», en: *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación / Escuela Judicial Electoral, México D.F., 2003, p. 199.

⁶⁸⁷ Ya Kelsen advertía que determinados tribunales (sobre todo, los de última instancia) no se limitaban a crear normas particulares o individuales, sino también normas generales, en aquellos supuestos en los que la *ratio iuris* establecida en la sentencia debía ser observada en futuros casos análogos. Señalaba el autor austriaco que en estos casos se producía una «descentralización de la función legislativa» (cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, ob. cit., p. 259).

⁶⁸⁸ Ruíz Miguel lleva razón cuando afirma que la tesis sobre la vinculatoriedad del precedente no tiene relación con el carácter creador o no de la actividad judicial (cfr. Ruíz Miguel, «Creación y aplicación en la decisión judicial», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 1, 1983, p. 18). Y es que bien puede afirmarse que los jueces tienen capacidad de crear normas, sin que ello suponga necesariamente conceder a tales normas una fuerza vinculante general.

La noción de lo vinculante guarda relación con el concepto de fuente de Derecho, cuyo significado no es nada pacífico. N. Bobbio, por ejemplo, considera que cuando se habla de fuente de Derecho se alude a «aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas»⁶⁸⁹. En esta definición Bobbio parece identificar el concepto de «fuente» con el órgano o el hecho productor de la disposición, y el concepto de «Derecho» con las disposiciones, a las que el filósofo italiano denomina «normas jurídicas». Sin embargo, tal como se señalara, las disposiciones, a su vez, son fuente de creación de las normas (sentidos interpretativos atribuidos a las disposiciones), intermediando en ello un subsecuente órgano productor, a saber, el intérprete (el juez, para lo que aquí interesa). De hecho, es bastante común que los ordenamientos positivos identifiquen en cierto grado a las disposiciones con las fuentes de Derecho (la ley, por ejemplo), agregando a ellas ciertos hechos (la costumbre, por ejemplo)⁶⁹⁰. Asimismo, si a las normas que los tribunales de alta jerarquía adscriben a las disposiciones, el ordenamiento les reconoce un efecto vinculante (haciendo de ellas normas generales y no solo particulares), ellas serán fuente de Derecho en los casos futuros que presenten una identidad sustancial con aquél en el que la norma fue establecida.

En tal sentido, como bien señala R. de Asís, «cabría en la producción normativa diferenciar tres sentidos de fuentes. Uno se identificaría con los centros capaces de producir normas, otro con la expresión o el resultado de la actividad de esos centros y un último con la actividad tendente a determinar el significado del resultado. Todos estos sentidos deberán ser tenidos en cuenta a la hora de tratar el problema de la producción normativa»⁶⁹¹. En el caso del precedente vinculante, los dos últimos sentidos atribuibles a las fuentes del Derecho encontrarían un punto de fusión, pues aquél no solo es resultado de atribuir determinado significado a las disposiciones involucradas en la resolución de la causa, a partir del análisis del caso, sino que, a su vez, actúa como disposición para casos futuros, pudiendo ser, en consecuencia, objeto de interpretación por parte del juez posterior.

Así las cosas, estamos ante un precedente vinculante cuando la norma creada a nivel jurisdiccional virtualmente se incorpora al ordenamiento jurídico, desplegando la fuerza general que a este le es inherente, y consecuentemente, obligando, cuando menos en principio, a todo operador jurídico a aplicarla toda vez que quede identificado el cumplimiento de su supuesto normativo. Y aquí es donde por caminos distintos llegamos a una característica básica del precedente en el *common law*, pues

⁶⁸⁹ Cfr. Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987, p. 158.

⁶⁹⁰ Es el caso del artículo 1.1 del Código Civil español: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho».

⁶⁹¹ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 38.

no solo resulta que el precedente constitucional vinculante se constituye como una verdadera fuente de Derecho, sino que la identificación del cumplimiento del supuesto normativo que dará lugar a su aplicación, se produce cuando queda determinada la identidad esencial entre los factores relevantes del caso en el que fue establecido, y los del caso que se encuentra conociendo el juez posterior de menor jerarquía.

En líneas generales, es difícil encontrar algún sistema de tradición romano germánica en el que el precedente constitucional vinculante se encuentre institucionalizado. Las razones de ello son históricas y culturales⁶⁹², pero lo que ahora conviene destacar en concreto es el distinto modo con el que estas tradiciones conceptualizan la relación de la función judicial con la creación de normas generales. Y en ese contexto tienen singular relevancia dos conceptos de distintos alcances: jurisprudencia constitucional vinculante y precedente constitucional vinculante.

Cuando en la tradición del *civil law* se alude a la jurisprudencia de los tribunales de la más alta jerarquía (la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional), no se la relaciona con la capacidad de incorporar normas plenamente vinculantes en el Derecho positivo, sino a algo bastante más débil y más complejamente configurable. I. de Otto decía que la jurisprudencia (con excepción de aquella que emana de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad) «es lo que se ha llamado “fuente productiva de normas interpretativas”, metafuente que no puede incardinarse en la jerarquía normativa y que viene a dar a todas las normas que integran el ordenamiento jurídico la concreta configuración con la que operan en la práctica»⁶⁹³. Es decir, a pesar de que se acepta que los tribunales plasman en sus sentencias normas que con anterioridad al proceso interpretativo o integrativo resultaban inexistentes, no se acepta sin más que ellas puedan ser consideradas como pertenecientes al Derecho vigente, por el sencillo motivo de que su eventual incorporación a éste se produce «no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio, sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio. Por ello, dentro de la tradición continental es común recurrir a la expresión “línea jurisprudencial” en lugar de la de “precedente”»⁶⁹⁴.

En tal sentido, la idea de jurisprudencia constitucional vinculante, no hace alusión a una norma de efecto vinculante general capaz de incorporarse al ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de un acto jurídico específico, a saber, el dictado de una sentencia por parte del tribunal de alta jerarquía,

⁶⁹² De ello hubo oportunidad de ocuparse en Rodríguez, R., «El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos», en: E. Carpio y P. Grández (coordinadores), *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima, pp. 19 – 34.

⁶⁹³ Cfr. Otto, I. de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, ob. cit. p. 46.

⁶⁹⁴ Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 115.

sino a una repetición de criterios normativos contenidos en sus sentencias, y que por transmitir un claro criterio sobre un concreto asunto de relevancia constitucional, debe ser observado por todos los jueces y tribunales inferiores.

Cabe afirmar entonces que mientras la jurisprudencia constitucional vinculante emana de las sentencias de los altos tribunales, su específico surgimiento no se encuentra bajo su control, pues ella es resultado de un precipitado de resoluciones, de una secuencia en la que es verdaderamente difícil encontrar su punto concreto de configuración⁶⁹⁵. Por ello se ha dicho con plena razón que «el requisito de la acumulación de sentencias parece (...) aproximar el modelo de la jurisprudencia al mundo de los hechos jurídicos más que al de los actos y, en consecuencia, al modelo de las fuentes-hecho [más] que al de las fuentes-acto»⁶⁹⁶.

No obstante, podría considerarse que la connotación de la jurisprudencia constitucional vinculante con las características que se acaban de dar, no dista demasiado de la noción de precedente en el Derecho anglosajón, pues, por ejemplo — podría decirse— tampoco basta una sola decisión de la Corte Suprema de los EE.UU. para que su criterio pase a constituirse como nuevo Derecho vigente, sino que es preciso que sea asumido como vinculante por el juez posterior, es decir, por el juez que se enfrenta a un caso de características similares a aquél en el que la Suprema Corte sentó el criterio.

Hay algo de acertado, pero mucho de inexacto en esta apreciación. Es cierto que en el sistema anglosajón (con las peculiaridades que diferencian el sistema inglés del norteamericano), los tribunales de mayor jerarquía no proyectan expresamente aquello que en el futuro pueda ser considerado Derecho, pero ello no se debe a que sus criterios no pasen a formar inmediatamente parte del Derecho vigente, pues bajo la doctrina del *stare decisis* y del *judge-made law*, es exactamente eso lo que ocurre. Sucede tan solo que, según se ha visto, lo que se entiende por Derecho vigente en dicha tradición no puede en modo alguno ser identificado con lo que se entiende en un sistema de tradición europeo continental. Debe recordarse que el *common law* es fundamentalmente un Derecho práctico y no abstracto. De ahí que cuando se afirma

⁶⁹⁵ Sin embargo, en algunos ordenamientos (en un dato, por decir lo menos, curioso) dicho punto ha sido legislativamente identificado con un número específico de resoluciones. Así por ejemplo, en Colombia, el artículo 4º de la Ley 169 de 1896, considera que tres sentencias de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado que recogen un criterio uniforme sobre un asunto determinado, constituyen «doctrina legal probable».

⁶⁹⁶ Cfr. Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, ob. cit., p. 117. Ello explica por qué en la tradición anglosajona solo el término precedente y no el de jurisprudencia es asociado a los tribunales: si en la tradición anglosajona no hay problema en reconocer que los tribunales de mayor rango crean Derecho con el sentido, autoridad y alcances con los que puede hacerlo el propio legislador, y en la terminología continental el concepto de jurisprudencia vinculado a la judicatura no alude claramente a la capacidad de crear Derecho en los términos recién descritos, pues entonces tal concepto nunca pudo ser de recibo en ordenamientos anglosajones.

que el juez posterior puede apartarse de la regla establecida por un tribunal superior, resolviendo su caso con una regla parcial o totalmente distinta a la previamente establecida, no se alude a la capacidad que tiene para oponerse al criterio de su superior jerárquico (lo que sería sinónimo de oponerse al Derecho), sino a la capacidad que tiene para valorar jurídica y fácticamente su caso en comparación con las características jurídicas y fácticas del caso anterior, de forma tal que solo si juzga que hay una identidad sustancial se encontrará en la obligación de utilizar la misma regla *iuris*, mientras que si juzga lo contrario podrá apartarse de ella resolviendo el caso de modo distinto. Pero quede claro que no es porque el precedente no le vincule, sino, simplemente, porque, según ha valorado, no resulta aplicable a su caso. Esto ha dado lugar a que —sobre todo en el sistema norteamericano— se haya instituido la técnica jurisdiccional del *distinguish* a efectos de determinar cuándo resulta inaplicable (por provenir de un caso distinto) un precedente⁶⁹⁷.

De esta forma, en un sistema de *common law*, establecido un precedente, al juez inferior solo le quedan tres posibilidades: «(1) aplicar (*apply*) la regla del precedente, ello cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; (2) seguir (*follow*) la regla del precedente, cuando a pesar de que existen diferencias relevantes entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto; o bien (3) distinguir (*distinguish*) la regla del precedente, esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto»⁶⁹⁸.

Quedan claras entonces las diferencias entre el concepto de jurisprudencia constitucional vinculante y el de precedente constitucional vinculante. Mientras aquella no tiene un momento específico de configuración, es difícilmente identificable con una norma perteneciente al Derecho vigente y, consecuentemente, su efecto vinculante queda sensiblemente relativizado, lo que la sitúa entre las denominadas fuentes-hecho, el precedente constitucional vinculante nace en un momento específico, crea una norma que pasa a pertenecer inmediatamente al Derecho vigente y su efecto vinculante es pleno. Ello lleva a que el precedente constitucional vinculante bien pueda ser incluido entre las fuentes de Derecho denominadas fuentes-acto, pues existe una relación directa entre el acto de dictar sentencia y el surgimiento de una norma incorporada al Derecho vigente.

⁶⁹⁷ Sobre la técnica del *distinguish*, cfr. Long, Th., «Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari», en: *New York University Law Review*, N.º 59, 1984, pp. 1104 – 1119.

⁶⁹⁸ Cfr. Magaloni, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, ob. cit. p. 84

Ahora bien, es cierto que las más claras relaciones que a nivel doctrinal se han establecido entre las sentencias de un Tribunal Constitucional y el principio *stare decisis* de la tradición anglosajona, han sido analizadas en el marco del proceso de inconstitucionalidad de origen europeo⁶⁹⁹. Tales relaciones han sido establecidas, fundamentalmente, por la posibilidad de que una sola sentencia pueda dar lugar a la creación de normas jurídicas vinculantes incorporadas inmediatamente en el Derecho vigente, y consecuentemente, por la similitud entre los efectos vinculantes que derivan de las sentencias derivadas de los procesos de inconstitucionalidad y las *rationes decidendi* de las sentencias emitidas por los tribunales supremos de los países del *common law*.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que en realidad tales efectos vinculantes, aunque comparables en su fuerza, dimanen de una raíz sumamente diferente. El efecto vinculante de un precedente en el *common law* deriva de la posición jerárquica del tribunal del que emana, y reposa en las características de su relación con lo jurídico, es decir, en su capacidad de crear Derecho a partir del análisis de las circunstancias fácticas del caso concreto que conoce. En contraposición, la posibilidad de que en el proceso de inconstitucionalidad se forjen normas vinculantes, no proviene de un modo de concebir la relación entre el juez y el Derecho, ni del análisis de hechos concretos que puedan dar lugar a una regla que los trascienda, sino de la estructura y naturaleza *sui generis* del propio proceso. Se trata de un proceso que se desenvuelve en el plano de la misma abstracción del ordenamiento jurídico y cuyo resultado, inevitablemente, sigue su suerte, pues se plasma en él manteniéndolo incólume o mutando su configuración a partir de la anulación de una de sus disposiciones o de la recomposición normativa de alguna de ellas. Por ello, la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad, y concretamente la de los fundamentos que determinan la suerte de la disposición sometida a juicio, se alimenta de la fuerza vinculante del propio ordenamiento jurídico. De ahí proviene su condición de fuente de Derecho y no de que comparta la naturaleza del instituto del precedente.

Ahora bien, existen determinadas razones relacionadas con los fundamentos del precedente constitucional vinculante, que indican que su institucionalización no es una simple opción para los poderes públicos, sino una exigencia jurídica esencial.

El instituto del precedente se fundamenta en la idea de que los casos sustancialmente idénticos, merezcan una misma decisión por parte de los jueces. De esta forma, se manifiesta como un instrumento de realización del derecho fundamental

⁶⁹⁹ Por solo citar dos ejemplos pueden mencionarse los trabajos de Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», ob. cit., pp. 9 - 51, y de López Guerra, «El Tribunal Constitucional y el principio “*stare decisis*”», en: *El Tribunal Constitucional*, V. II, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981, pp. 1433 - 1455.

a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Se sabe, sin embargo, que no todo trato diferenciado es sinónimo de vulneración del referido derecho, pues en la evaluación de aquello que ingresa en su contenido constitucionalmente protegido juegan una diversidad de factores. De hecho, como bien ha recordado Alexy, «nunca hay dos casos completamente iguales. Siempre cabe encontrar una diferencia. El verdadero problema se traslada, por ello, a la determinación de la relevancia de las diferencias»⁷⁰⁰. Pero la idea es que determinado ese núcleo relevante de identidad, la consecuencia generada en la esfera subjetiva de los individuos en ella incardinados, debe ser la misma.

Con ello, a su vez, se consolida el principio de seguridad jurídica. Tal como señala R. de Asís, hay fuertes razones para afirmar el carácter vinculante de los enunciados judiciales «en aras de la satisfacción de la obligación de seguridad jurídica. Solo así la posibilidad de predecir, que es el sentido mínimo de aquella exigencia, se verá cumplida»⁷⁰¹.

Asimismo, la coherencia con la que suele identificarse a todo sistema jurídico, deja de ser un simple ideal y tiene cabal significado cuando se revela en la realidad concreta a través del respeto del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento. Se trata pues de una coherencia sustentada en la razonabilidad, como antítesis de la arbitrariedad. El presente y el futuro solo tienen sentido para los derechos fundamentales, cuando se realizan en consonancia con el pasado. No porque los derechos reclamen la petrificación del Derecho, sino porque exigen que todo cambio se encuentre justificado⁷⁰², lográndose un equilibrio entre la seguridad y la justicia.

En directa conexión con el principio de coherencia, se encuentra el principio de universalidad. La coherencia del hablante —como una de las manifestaciones del discurso práctico general racional— expresada en la máxima «[t]odo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría así mismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes», es «una formulación del principio de universalidad»⁷⁰³, y es trasladable a nivel de los jueces y tribunales individualmente considerados, quedando expuesta en estos términos: «hay que interpretar y aplicar el Derecho conforme a criterios que, por

⁷⁰⁰ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 377.

⁷⁰¹ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 247.

⁷⁰² Tal como ha referido el Tribunal Constitucional español, lo que prohíbe el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico es el «cambio irreflexivo o arbitrario, lo cual equivale a sostener que el cambio es legítimo cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas objetivas que excluyan todo significado de resolución *ad personam*, siendo ilegítimo si constituye tan solo una ruptura ocasional en una línea que se viene manteniendo con normal uniformidad antes de la decisión divergente o se continua con posterioridad» (cfr. STC español 28/1993, F. J. 2).

⁷⁰³ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, ob. cit., p. 269.

considerarlos correctos, se estuviera dispuesto a utilizar en la resolución de todos los casos iguales que puedan presentarse en el futuro»⁷⁰⁴ (criterio universalizador propio de la argumentación racional que da lugar al autoprecedente).

Ahora bien, el asunto de mayor importancia en materia de precedente judicial, es determinar si los principios de coherencia y de universalidad pueden ser analizados bajo una perspectiva más objetiva del ordenamiento, de forma tal que sea posible argumentar que a un juez no solo le es exigible respetar sus propios precedentes (a menos que existan y se expresen razones fundadas para apartarse de él), sino también los precedentes establecidos por otros jueces de superior jerarquía, en asuntos que tengan las mismas propiedades relevantes.

En realidad, si dos casos tienen las mismas propiedades relevantes y no se alegan razones fundadas para variar el criterio, la base para no respetar y seguir el precedente de un tribunal superior, solo podría estar representada por el hecho de tratarse de órganos distintos. ¿Es esta una razón suficiente para desplazar el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de las normas jurídicas, y los principios de seguridad jurídica, coherencia y universalidad? A todas luces, la respuesta es negativa.

Sin embargo, de conformidad con el parecer que prevalece en algunos sistemas, el respeto al derecho de igualdad que subyace en la técnica del precedente, queda agotado en el respeto al propio precedente. Así por ejemplo, y salvo algunas excepciones, para el Tribunal Constitucional español la afectación del derecho a la igualdad no es consecuencia de la simple confrontación de criterios dispares en la judicatura sobre supuestos sustancialmente idénticos, sino que para dar por viable el *tertium comparationis*, es preciso, entre otros requisitos, que la decisión pasada provenga del mismo juez o tribunal que ahora la contraría⁷⁰⁵. De esta manera, para analizar la afectación del derecho a la igualdad que supone el desconocimiento del precedente (y que la mayoría de las veces se analiza en correlato con la afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la Constitución española), el Tribunal Constitucional español no introduce el análisis de la relación de jerarquía entre el tribunal que estableció el criterio y aquél que se aparta del mismo, sino solo el análisis de la coherencia argumentativa de cada tribunal en la sucesión de los casos esencialmente análogos que resuelve. El argumento pretende justificarse en el principio de independencia judicial, entendido, en este caso, como la imposibilidad de que los criterios de órganos jurisdiccionales superiores sean capaces de vincular a

⁷⁰⁴ Cfr. Gascón, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 98.

⁷⁰⁵ Son abundantes las sentencias en las que el Tribunal Constitucional español se pronuncia en este sentido. Algunas de ellas son las siguientes: SSTC español 53/1982, FJ. 5; 188/1987, FJ. 4; 202/1991, FJ. 2; 353/1993, FJ. 5; 159/1996, FJ. 2; 75/2000, FJ. 2; 4/2001, FJ. 5.

los inferiores, quienes solo deben desenvolverse bajo el imperio de la «configuración dispositiva», y no bajo la influencia de las posteriores fases de producción normativa⁷⁰⁶. En suma, se concibe que, de conformidad con el principio, el juez solo puede encontrarse sometido a la Constitución y a las leyes, pero no al precedente.

Esta postura ha sido duramente criticada por parte de la doctrina española, señalándose, por ejemplo, que «si el principio de igualdad en la interpretación de las normas establece que las diferencias jurídicas son posibles en cuanto están motivadas suficientemente, de ningún modo puede justificarse una interpretación contradictoria por el solo hecho de tratarse de órganos judiciales diferentes; de este modo la progresiva individualización de la titularidad del órgano judicial establecida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contradice el principio de independencia judicial y su fundamento: la tutela del ordenamiento judicial mediante la univocidad en la interpretación de normas»⁷⁰⁷. Similar parecer guarda R. de Asís, quien se muestra sorprendido por el criterio del Tribunal Constitucional español, en la medida de que, tal como advierte, «en ningún caso puede pensarse que la independencia judicial es en relación con el Derecho, sino todo lo contrario. Parece que cuando el Tribunal se refiere a la independencia está afirmando que ésta se alza incluso por encima del sometimiento al Derecho»⁷⁰⁸.

En efecto, resulta inaceptable entender que lo pretendido al reconocerse constitucionalmente el principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, sea hacer de cada juez o tribunal una suerte de isla en el sistema, facultado para interpretar los derechos fundamentales de las personas sin más parangón que su propio criterio y las disposiciones emanadas de fuentes legislativas. El único resultado que ello desencadenaría (y que es prácticamente inevitable en sistemas que carecen de la doctrina del precedente) es la atomización de la respuesta de la jurisdicción en su deber de composición de los conflictos de intereses, traducida potencialmente en tantas interpretaciones del ordenamiento como jueces existen en el Estado. Con tal interpretación del principio de independencia, éste se convierte en el

⁷⁰⁶ Cfr. Requejo, J. L., «Juridicidad, precedente y jurisprudencia», en: *REDC*, Año 10, N.º 29, Mayo – Agosto 1990, pp. 230 - 231.

⁷⁰⁷ Cfr. Zoco, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 98. Para un similar parecer cfr. Jaén Vallejo, M., «El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General*, N.º 2, Marzo – Abril 1987, p. 13; Suay Rincón, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: S. Martín-Retortillo (coordinador), *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, V. II, Civitas, Madrid, p. 1991, p. 875; Xiol Ríos, A., «El ordenamiento jurídico y la aplicación equitativa del Derecho a todos los ciudadanos mediante el principio de igualdad», en: AA. VV., *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*, V. I, Madrid, 1992, p. 451; Bilbao Ubillós, J. M. y Rey Martínez, F., «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», en: M. Aragón y J. Martínez-Simancas, *La Constitución y la práctica del Derecho*, V. I, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 255.

⁷⁰⁸ Cfr. Asís, R. de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, ob. cit., p. 264.

instrumento más eficaz para que la homogeneidad y coherencia abstracta e ideal del sistema, se convierta en heterogeneidad e incoherencia al momento de ser aplicado, mellando el núcleo básico del derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico. Bajo dicha perspectiva, el sentido específico con el que el Derecho incidirá en la esfera subjetiva de cada persona se convierte, en buena medida, en una cuestión de azar, pues es concretamente dependiente de cuál sea el juez que resuelva la causa.

Evidentemente, se trata de una comprensión del principio propia de una tradición en la que el precedente no tiene lugar entre las fuentes del Derecho, y en la que, consecuentemente, el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico se encuentra sensiblemente limitado.

Los jueces que conozcan casos materialmente idénticos no tienen posibilidad de desconocer el precedente sin violar el derecho fundamental a la igualdad, a menos que justifiquen expresamente las razones de su apartamiento. Ello, desde luego, no supone afectar el principio de independencia judicial, pues éste mantiene plena efectividad en la proscripción de permitir que los jueces puedan ser influenciados en sus decisiones jurisdiccionales por cualquier fuerza o voluntad ajena a aquéllas que se plasman en la objetividad del ordenamiento (en el que debe entenderse incluido el precedente) y en su propio criterio de conciencia.

Tal como ha recordado el Tribunal Constitucional peruano, «cuando se establece que determinados criterios dictados por este Tribunal resultan vinculantes para todos los jueces, no se viola la independencia y autonomía del Poder Judicial, reconocidas en el artículo 139°, inciso 2, de la Constitución, sino que, simplemente, se consolida el derecho a la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico (artículo 2°, inciso 2); máxime, si es a partir del reconocimiento de su supremacía normativa que la Constitución busca asegurar la unidad y plena constitucionalidad del sistema jurídico y su consecuente aplicación (artículos 38°, 45° y 51° de la Constitución). Debe recordarse que ninguna garantía conferida a un órgano constitucional tiene su última *ratio* en la protección del poder público en sí mismo, sino en asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1° de la Constitución)»⁷⁰⁹.

4. El precedente constitucional vinculante ante la derrotabilidad jurídica y la indeterminación del Derecho: una propuesta.

⁷⁰⁹ Cfr. STC peruano 0030-2005-PI, FJ. 48.

Teniendo en cuenta lo expuesto, existen, cuando menos, cuatro motivos por los que se considera que la institucionalización del precedente constitucional vinculante en un sistema, permitiría reducir el grado de indeterminación a que la derrotabilidad de las normas jurídicas da lugar. Dos de ellos son internos o relativos al propio sistema, y los dos restantes son externos o relativos a la actitud de los tribunales y justiciables ante el sistema.

En relación con los motivos internos puede señalarse, en primer lugar, que un precedente, a diferencia de una ley, emana de la interpretación *bidireccional* entre hechos y Derecho, es decir, emana de un juicio en el que la norma abstracta ha sido puesta a prueba en su justicia en el marco de un razonamiento práctico. Ello supone que en aquellos casos individuales que hayan permitido advertir la existencia de un determinado conflicto normativo, el precedente expresará una norma en la que las propiedades normativas antes enfrentadas, se encuentran expresadas de manera coherente y armónica. Desde luego, ello no enerva en lo absoluto la posibilidad de que un nuevo caso individual permita apreciar la existencia de nuevas propiedades relevantes que no se encuentran expresadas en la norma jurisdiccional. Sin embargo, no hay duda tampoco de que las posibilidades de que ello ocurra se habrán visto reducidas, en vista de que todo precedente contiene un grado superior de concreción del ordenamiento, concreción que en este caso, además, será representativa de la superación de un previo conflicto, y todo paso hacia dicha mayor concreción representa una dosis menor de indeterminación en el sistema.

En segundo término, y como consecuencia de que toda sentencia judicial debe encontrarse expresamente motivada, en un precedente no se presenta (o por lo menos se presenta en ínfimo grado) la incertidumbre de conexión entre las reglas y sus razones subyacentes, fenómeno que sí se presenta en el caso de las reglas del *statute book*. Es evidente que tales razones podrán no ser compartidas por el juez posterior, pero cuando menos las conocerá de manera expresa, y si provienen de un tribunal superior, no tendrá posibilidad de contradecirlas, sin perjuicio de que sea posible alegar y fundamentar la existencia de una diferencia relevante entre los casos que justifique la no aplicación de la norma. Pero, en todo caso, la explicitación de las razones que respaldan el precedente, reducen considerablemente el grado de discrecionalidad del juez posterior al momento de interpretarlo, lo que trae como consecuencia menos incertidumbre en el sistema.

En relación con los motivos externos, debe tenerse en cuenta, en primer término, que la asociación entre el principio de universalización y la técnica del precedente, obliga a la judicatura a que su criterio deliberativo no se presente como un juicio *particularista*. Tal como ha destacado Bayón, «el particularista (jurídico o moral)

impugna la idea misma de que la justificación consista en subsumir supuestos particulares bajo criterios generales. Su lema, por el contrario, es que el peso de cualquier razón (o incluso el que sea una razón) es irreductiblemente “dependiente del contexto” o “relativo al caso concreto” (...), es decir, algo que depende, de un modo que escapa a cualquier intento de articular condicionales cuantificados universalmente, de todos los demás rasgos presentes (o ausentes) en cada situación particular»⁷¹⁰. Una cultura del precedente supone, justamente, un enfoque diametralmente opuesto. Se trata de analizar cada caso judicial como la materia prima de una regla general que pueda regir más allá de dicho caso.

A veces se ha considerado que la defensa de la derrotabilidad jurídica supone necesariamente la defensa del particularismo. Así, por ejemplo, D. Martínez señala que «una tesis como la de la derrotabilidad de los principios constitucionales (...) se integra a la perfección con la concepción particularista de la ponderación, y en caso de resultar cierta podría constituir la eliminación definitiva de la posibilidad de elaborar sistemas de conflicto como los ideados por los autores universalistas»⁷¹¹. Esta apreciación no es de recibo. Y es que nada impide considerar irracional que en un sistema jurídico como el del Estado Constitucional, se crea viable construir un caso genérico que recoja todas las propiedades relevantes del universo posible de casos individuales, y considerar, al mismo tiempo, que todo caso individual debe ser resuelto conforme al criterio de que todo futuro caso individual que revista la mismas propiedades relevantes deberá merecer la misma solución. Ambas tesis son perfectamente compatibles. De hecho, se trata de dos tesis que deben ser defendidas al unísono si no se quiere que por una visión o por la otra el sistema jurídico actúe como un enemigo de la libertad y de la autonomía personal. Y es que una universalidad sin justicia material es tan peligrosa como una justicia material de contenidos impredecibles.

En segundo lugar, y en relación con la actitud de los justiciables frente al sistema, el precedente aumenta sensiblemente la expectativa y la confianza de que casos sustancialmente idénticos, merecerán la misma solución por parte de los tribunales, en virtud de lo cual, una vez más, los márgenes de indeterminación (o de la sensación de indeterminación) producto de la acción de la moral en el Derecho, se delimitan de manera considerable.

Ahora bien, evidentemente, la adopción de un mecanismo como el del precedente constitucional vinculante reduce los márgenes de la derrotabilidad y la indeterminación jurídicas, pero no las elimina. Afirmar lo contrario, representaría

⁷¹⁰ Cfr. Bayón, J. C. ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?, ob. cit., p. 57.

⁷¹¹ Cfr. Martínez, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, ob. cit., p. 218.

apartarse de uno de los criterios fundamentales que aquí se ha defendido, esto es, la imposibilidad de conocer *ex ante* todas las excepciones de aplicación a las normas jurídicas, incluso, desde luego, las de aquellas que han surgido del previo análisis jurisdiccional de un conflicto normativo.

Para que la derrotabilidad de un precedente se produzca es preciso que el juez aprecie y fundamente que el nuevo caso, a pesar de subsumirse en las propiedades explicitadas por la regla jurisdiccional anterior, hace explícita una propiedad relevante adicional que exceptúa su aplicación. Así, por ejemplo, y volviendo al caso del JNE, si el Tribunal Constitucional establece como precedente que *son procedentes las demandas de amparo interpuestas contra una resolución del JNE que vaca en el cargo a un Alcalde por la supuesta comisión de delito doloso, en los casos en que quede plenamente acreditada la inexistencia de dicha sentencia condenatoria*, ello no enerva la posibilidad, por ejemplo, de que presentado un supuesto que cumpla con tales propiedades, un juez decida de todas formas declarar improcedente el recurso de amparo, en vista de que ya se han producido nuevas elecciones y se encuentra ejerciendo el cargo una nueva persona. Se trataría de una propiedad nueva y relevante que puede exceptuar la aplicación del precedente.

No es pues nada distinto del ejercicio de la ya mencionada técnica del *distinguish* de singular relevancia en los sistemas anglosajones⁷¹².

Se ha sostenido que el juez también podrá efectuar la distinción si aprecia que ha sobrevenido un *error de idoneidad*. Refiere C. Bernal que «[e]ste tipo de error se produce porque los efectos fácticos (E) que la *ratio decidendi* (RD) generó al regular la situación (S) en el momento histórico (1) ya no se producirán en el momento histórico (2), pues, por variación de las circunstancias, la aplicación de (RD) a (S) ya no conduce a (E), sino a otros efectos fácticos (E')»⁷¹³. Pero, en todo caso, se trata tan solo una variante de los criterios relevantes que pueden surgir para derrotar un precedente.

Ahora bien, lo que no resulta posible es que un juez reconozca que los elementos relevantes del caso en el que fue establecido el precedente, y solo ellos, se presentan en el caso que se encuentra conociendo, y a pesar de ello resuelva apartarse de la regla normativa establecida por su superior jerárquico, pues ello supondría violar el Derecho vigente, lo que daría lugar a la inminente revocación de su sentencia. No obstante ello, sería posible que respetando y aplicando el referido precedente, el juez además haga explícitas las razones por las que lo considera incorrecto. Este es un uso que más de una vez se ha presentado en el *common law* y

⁷¹² Cfr. Marinoni, L., *Precedentes obligatorios*, traducción C. Delgado, Palestra, Lima, 2013, p. 375 y ss.

⁷¹³ Cfr. Bernal, C., «El precedente constitucional», ob. cit., p. 182.

que permite a los tribunales de la máxima jerarquía analizar el modo en que es recibido el criterio por el resto de la judicatura, llevándole, de ser el caso, a replantear su razonamiento.

Es preciso cuestionarse, sin embargo, si la aplicación de soluciones de conformidad con normas que explícitamente no se consideran correctas, no resulta incompatible con la pretensión de corrección alexyana⁷¹⁴. El propio Alexy se ha planteado el asunto y su conclusión es que tendría que dejarse de llamar Derecho a una práctica social en la que ello ocurriera «sistemáticamente», pero no si tiene lugar solo «ocasionalmente»⁷¹⁵. En todo caso, no tendría por qué considerarse perjudicial esta suerte de diálogo respetuoso entre órganos jurisdiccionales, que no enerva la funcionalidad del sistema, máxime si ello contribuye a replantear criterios que puedan resultar poco fundamentados⁷¹⁶.

Así las cosas, dado de que, según se ha visto, existen razones de verdadero peso para que toda jurisdicción adopte la técnica del precedente al momento de conocer casos concretos, resultaría conveniente explorar algún modo efectivo de institucionalizar este mecanismo en los sistemas de *civil law*.

Se debe partir de la premisa de que—a pesar de lo que algunos consideran⁷¹⁷— el instituto del precedente no puede pretenderse incorporar en los países de tradición europeo continental al estilo anglosajón puro (si acaso puede calificarse de «puro» al precedente en el *common law*). Ello implicaría desconocer un modo de concebir el Derecho históricamente enraizado. De ahí que, si algún éxito llega a tener su funcionamiento en tales escenarios, ello será dependiente de la incorporación de un mecanismo que se configure como una especie de híbrido, en el que encontrarán lugar parte de las bondades y defectos de las dos tradiciones. En efecto, es probable que la clave se encuentre en buscar el justo equilibrio.

En esa medida, una fórmula para su incorporación sería facultar expresamente a un órgano de máxima jerarquía (los tribunales constitucionales, por ejemplo), a dictar precedentes vinculantes, pero con la particularidad de que sería el propio órgano emisor el encargado de explicitar la regla concreta que pretende proyectar como criterio vinculante. De esta forma, el seguimiento a la norma sería exigible, y ésta sería lo suficientemente clara, ahorrando a los jueces la necesidad de investigar cuál es la

⁷¹⁴ Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, ob. cit., p. 41 y ss., y p. 81 y ss.

⁷¹⁵ Cfr. Alexy, R., «On the thesis of a necessary connection between Law and morality: Bulygin's critique», en: *Ratio Juris*, N.º 13, 2000, p. 142.

⁷¹⁶ Por citar un ejemplo, en cierto modo, fue la sólida argumentación de diversos tribunales en torno al deber del Consejo Nacional de la Magistratura de motivar sus resoluciones en los procedimientos de ratificación de magistrados y fiscales, la que sirvió al Tribunal Constitucional peruano para modificar su posición en el asunto (cfr. STC peruano 3361-2004-PA)

⁷¹⁷ Cfr. Ariano, E., «¿Principio de "autonomía procesal" del Tribunal Constitucional? Algunas glosas a la sentencia del "caso Anicama"», en: *Diálogo con la jurisprudencia*. N.º 85, Año 11, Octubre 2005, pp. 33 - 35.

ratio decidendi de cada sentencia concreta, algo a lo que no suelen estar acostumbrados.

Es así que la propuesta se presenta como una fusión entre la tradición anglosajona del precedente y determinada forma de concebir el Derecho en la tradición continental. Los signos anglosajones se observan, fundamentalmente, en primer lugar, en la intención de dotar de fuerza vinculante plena a los precedentes constitucionales del tribunal de máxima jerarquía en la materia, asegurando su entendimiento como verdadera fuente general creadora de Derecho, y, en segundo lugar, en que tales normas serán producto del razonamiento práctico. Mientras que los caracteres del *civil law* se evidencian en la regulación del instituto como una fuerza impositiva de características semejantes a las del Derecho legislado.

Que sea el juez emisor y no el sucesivo, el encargado de fijar razonablemente el contenido normativo vinculante de la decisión, es un mecanismo que se encuentra recientemente vigente en el ordenamiento jurídico peruano, tanto en materia constitucional, como en materia penal y administrativa⁷¹⁸.

Se trata de una posibilidad que ha merecido opiniones a favor y en contra. L. J. Díez Canseco califica el fenómeno como una «feliz adaptación del sistema romano al anglosajón»⁷¹⁹, mientras que en España un eximio defensor de esta posibilidad ha sido Rubio Llorente, quien reclama al Tribunal Constitucional español la incorporación al fallo de las *rationes decidendi*, de modo tal que sea plenamente reconocible para el Poder Judicial el precedente contenido en la sentencia y sea posible garantizar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento constitucional⁷²⁰. En la misma dirección apunta López Pietsch, quien haciendo alusión a los magistrados del Tribunal Constitucional español, refiere que «son ellos quienes (...) pueden identificar con mayor facilidad las *rationes decidendi* de sus sentencias y, en general, conocen mejor que nadie el complejo entramado de cuestiones funcionales y sustantivas que subyace a la jurisprudencia constitucional»⁷²¹.

Sin embargo, la Corte Constitucional de Colombia se ha adherido a una tesis contraria, refiriendo que no es el propio juez o tribunal que dicta la sentencia el encargado de determinar cuál es su *ratio decidendi*, sino el juez posterior⁷²². Tesis que es defendida por C. Bernal, criticando un proyecto para la reforma de la justicia en

⁷¹⁸ Cfr. Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, artículo 301-A del Código Procesal Penal; y artículo 43º del Decreto Legislativo N.º 807.

⁷¹⁹ Cfr. Díez Canseco, L. J.. «Stare decisis, intercambios comerciales y predictibilidad: una respuesta para enfrentar la reforma del Poder Judicial», en: *Revista de Economía y Derecho*, N.º 2, Otoño 2004, p. 19.

⁷²⁰ Cfr. Rubio Llorente, F., Ponencia recogida en: AA. VV. *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Tribunal Constitucional / CEC, Madrid, 1995, pp. 153 - 154.

⁷²¹ Cfr. López Pietsch, P., «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», en: *REDC*. Año 18, N.º 53, Mayo – Agosto 1998, p. 139.

⁷²² Cfr. SU-047 de 1999; C-039 de 2003.

Colombia que pretende incorporar al ordenamiento una disposición que exija a la Corte fijar explícitamente los contenidos normativos vinculantes de sus sentencias⁷²³.

No obstante, una cosa es que el juez sucesivo tenga la capacidad de determinar si el precedente sentado en un caso anterior es aplicable al caso que debe resolver, y otra muy distinta que un Tribunal no pueda tener las potestades para explicitar la *ratio decidendi* de sus propias sentencias. Aquí se considera que en sistemas que recién empiezan a conocer la valía del precedente constitucional como fuente de Derecho, tal potestad no solo resultaría posible, sino necesaria. J. Monroy Gálvez lo plantea en estos términos: «debe ser el propio órgano supremo quien desarrolle y proponga la regla de derecho vinculante extraída del caso que ha resuelto. Ya habrá tiempos en los que esta facultad sea más elástica y permita una actuación más protagónica de los órganos inferiores a efectos de su identificación. Probablemente se pierda en riqueza y diversidad jurídica lo que con este planteamiento se gana en seguridad y afianzamiento de la técnica incorporada»⁷²⁴.

⁷²³ Cfr. Bernal Pulido, Carlos. «El precedente constitucional», ob. cit., pp. 176 - 180.

⁷²⁴ Cfr. Monroy Gálvez, J., «Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el *civil law*», en: *Hechos de la justicia*, N.º 4, Septiembre –Diciembre 2006, p. 33).

CONCLUSIONES

1. La derrotabilidad jurídica alude a la posibilidad de que, en base a razones morales derivadas del Derecho y advertidas en el marco del razonamiento jurídico práctico, una norma sea inaplicada, a pesar de haberse verificado un hecho al que resultaba lógica o deductivamente aplicable.
2. La derrotabilidad jurídica pone en evidencia que el proceso interpretativo orientado a la determinación concluyente del contenido de una norma jurídica es *bidireccional*, pues hechos y Derecho se encuentran en condicionamiento mutuo. En tal sentido, aunque en un caso individual se verifiquen las propiedades previstas en el caso genérico de una norma, el análisis de los hechos puede permitir apreciar el surgimiento de una propiedad hasta entonces implícita que exceptúa su aplicación. Esto revela, a su vez, que los juicios abstractos de constitucionalidad de las normas, usualmente, arriban a resultados que no pueden considerarse concluyentes.
3. La derrotabilidad de una norma jurídica no se relaciona con su invalidez abstracta, En primer lugar, porque afirmar que una norma ha sido derrotada, no implica que haya sido expulsada del ordenamiento jurídico, sino solo inaplicada a un caso concreto. En segundo lugar, porque la derrotabilidad de una norma en un caso concreto no es resultado de su incompatibilidad abstracta con una norma supraordenada, sino del menor peso de las razones jurídico-morales que derivan de su fuerza normativa, en comparación con el peso de otra norma jurídica no necesariamente supraordenada.
4. El presupuesto de la derrotabilidad de una norma jurídica no es una antinomia tradicional, es decir, aquella que puede ser solucionada en abstracto y con efectos generales, sino una antinomia especial, resoluble mediante la ponderación de razones normativas *prima facie*, y cuya solución solo es relativa al caso concreto.
5. En el caso de todos los seres humanos el valor de la dignidad humana consiste en nunca ser tratados como simples medios, sino como fines en sí mismos. De ello deriva una regla inderrotable: *Prohibido tratar a un ser humano con el único objetivo de causarle sufrimiento o dolor*. En el caso de las personas que se encuentran en válido ejercicio de su autonomía, la dignidad humana consiste, además, en la capacidad que debe reconocérseles y garantizárseles, de formar

sus propias convicciones morales y construir su propio plan de vida. De ello deriva una regla inderrotable: *Prohibido imponer a un ser humano que se encuentra en válido ejercicio de su autonomía adecuar su conducta a algún patrón de corrección moral al que no desee adecuarse* (regla inderrotable derivada de la protección de la autonomía).

6. A las dos antedichas reglas no cabe agregar la aserción «a menos que» que caracteriza a la derrotabilidad de las normas jurídicas, motivo por el cual no aceptan excepciones bajo ninguna circunstancia. *Ergo*, son dos estándares univerzalisables derivados del valor de la dignidad humana y que demuestran que este enfoque de la derrotabilidad no desencadena un particularismo extremo.
7. La defensa de la dignidad humana, así entendida, es el fin supremo de los Estados Constitucionales. Dado que la derrotabilidad jurídica es consecuencia de la acción de la moral fundamental legalizada, es en tales Estados en los que se presenta por antonomasia. En ellos, el efecto irradiatorio de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana y el principio de interpretación de las normas de conformidad con la Constitución, generan que toda norma jurídica tenga una base jurídico-moral, siendo (casi) todas potencialmente derrotables. Por consiguiente, todo operador del Derecho en el Estado Constitucional identificado con la defensa de la dignidad humana como valor jurídico supremo, *debe* asumir la derrotabilidad jurídica como una propiedad normativa.
8. Los principios suelen ser caracterizados como normas que se aplican en mayor o menor medida en atención al peso de sus razones en cada caso concreto, mientras que las reglas suelen ser caracterizadas como normas que se aplican a la manera de «todo o nada». Sin embargo, por razones derivadas de los principios es posible exceptuar la aplicación de una regla, por lo que no es sustentable una diferencia cualitativa entre principios y reglas. La diferencia entre ambos tipos de normas es solo funcional: dependiendo de si el intérprete adopta o no una actitud deliberativa y de si se produce o no un conflicto de razones normativas, una misma norma puede operar como un principio o como una regla. En esa medida, las normas no *son* principios o reglas, sino que pueden *actuar como* principios (normas derrotables) o *como* reglas (normas inderrotables). Ello no impide que paradigmáticamente una regla pueda ser caracterizada como una norma con autonomía semántica, y un principio como una norma con indeterminación semántica y alta carga axiológica.

9. La ponderación es la técnica mediante la cual se valora el peso de razones normativas contrapuestas para la solución de un mismo caso, y, consecuentemente, es la técnica que permite determinar qué norma resulta derrotada. Esta técnica presupone la realidad conflictiva del Derecho y en esa medida es más compatible con la idea de una Constitución que recoge valores plurales que requieren ser armonizados por vía del discurso jurídico práctico.
10. La ponderación es compatible con la racionalidad en la medida de que: a) se parta de una aproximación «no cognoscitivista prescriptivista» en relación con la moral; b) quien la lleve a cabo se desenvuelva sobre una moralidad reconocida jurídicamente; c) haga explícitos los argumentos y las justificaciones por las que adjudica una determinada fuerza a las razones normativas enfrentadas; y, c) respete el principio de universalidad, conforme al cual hay que interpretar y aplicar el Derecho de acuerdo con criterios a los que, por considerarlos correctos, se acudirá nuevamente en los futuros casos sustancialmente análogos.
11. Los valores de la certeza y predictibilidad son rasgos inherente al Derecho que tienen una relación con el valor de la autonomía personal. En tal sentido, la semántica de las normas siempre aporta razones para la acción. Sin embargo, no se trata siempre de razones concluyentes, puesto que, en determinados casos, pueden ser derrotadas por razones derivadas de la moral sustantiva reconocida jurídicamente. En ocasiones solo el diálogo entre la semántica de las reglas y sus razones justificativas (derivadas de las normas que reconocen derechos fundamentales), permite proteger debidamente la autonomía personal y, en definitiva, la dignidad humana. De lo contrario, la certeza del Derecho puede manifestarse como una fuerza irresistible contra la libertad, allí donde la posibilidad dialéctica de justificar las acciones debe sacrificarse en aras de la aplicación deductiva de las reglas.
12. A partir del tipo de antinomias abstractas que pueden presentarse entre disposiciones constitucionales, se puede sostener lo siguiente:
- *Tratándose de antinomias abstractas total-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico o cronológico de resolución de antinomias, y ante el deber de resguardar el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, habrá que apelar al criterio de especialidad, y, en*

consecuencia, interpretar que aquella que tenga un ámbito prescriptivo más específico, prima sobre aquella que tiene un ámbito prescriptivo más general (Meta-regla N.º 1).

- *Tratándose de antinomias abstractas parcial-parcial entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que ninguna de las soluciones compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, cuando coincidan sus ámbitos prescriptivos, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, determinándose cuál derrota a la otra (Meta-regla N.º 2).*
- *Tratándose de antinomias abstractas total-total entre disposiciones constitucionales, ante la imposibilidad de apelar al criterio jerárquico, cronológico o de especialidad de resolución de antinomias, y dado que cualquier solución compromete el principio institucional de supremacía normativa de la Constitución, el caso deberá resolverse a través de la aplicación de principios jurídicos sustantivos que tengan como parámetro último la defensa de la dignidad de la persona humana, generándose la invalidez jurídica de una de las disposiciones (Meta-regla N.º 3).*

13. Tomando en consideración el *test* de proporcionalidad alexyano, es posible derivar las siguientes meta-reglas para determinar la validez o invalidez de reglas infraconstitucionales:

- *Si una regla infraconstitucional tiene una finalidad prohibida por un principio, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto. (Meta-regla N.º 4).*
- *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, pero no es idónea para alcanzarla, entonces, es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto. (Meta-regla N.º 5).*
- *Si una regla infraconstitucional limitativa de un principio tiene una finalidad no prohibida por otro principio, y es idónea para alcanzarla, pero otra hipotética regla hubiera alcanzado dicha finalidad con igual o mayor eficacia, y limitando menos o no limitando el principio, entonces, la regla es inválida, y no será necesario ingresar en ponderación alguna para determinar si debe o no ser aplicada a un caso concreto. (Meta-regla N.º 6).*
- *Si una regla infraconstitucional cumple con los criterios de validez derivados de las meta-reglas anteriores, y representa una racional ponderación entre el principio que limita y el que pretende optimizar, entonces, es válida, y resulta derrotado el principio limitado. Si representa una irracional ponderación la regla es inválida. (Meta-regla N.º 7).*

14. Teniendo en cuenta la separación conceptual entre convenciones superficiales, interpretativas y profundas, y que la validez de estas es dependiente de su conformidad con la defensa de la dignidad humana, en caso de resultar necesaria la ponderación entre principios, deben seguirse los siguientes criterios al momento de determinar su respectivo nivel de importancia:

- Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón de convenciones explícitas o superficiales que resultan compatibles con la defensa de la dignidad de la persona humana (**Meta-regla N.º 8**).
- Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención que obliga a seguir una decisión en la que ante un conflicto sustancialmente análogo dicho principio también resultó derrotado (**Meta-regla N.º 9**).
- Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención interpretativa que resulte compatible con el valor de la dignidad humana (**Meta-regla N.º 10**).
- Una ponderación entre principios es resuelta racionalmente si el principio derrotado lo ha sido en razón del seguimiento de una convención profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana (**Meta-regla N.º 11**).
- Una convención superficial es declarada inválida racionalmente, si dicha invalidez se sustenta en una convención más profunda sustentada en la defensa de la dignidad humana (**Meta-regla N.º 12**).
- Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, pero una regla establece la solución, el conflicto se resuelve conforme a lo prescrito por la regla (**Meta-regla N.º 13**).
- Si un conflicto entre principios no puede resolverse ni siquiera apelando a una convención profunda sustentada en la dignidad humana, y ninguna regla establece la solución, el conflicto se resuelve discrecionalmente eligiendo entre los principios enfrentados (**Meta-regla N.º 14**).

15. Deben tenerse en cuenta los siguientes criterios para la articulación racional entre reglas y principios:

- Una regla válida se aplica a un caso individual subsumible en su caso genérico, resulten o no aplicables sus principios subyacentes, siempre que no se aprecien ni siquiera *prima facie* principios que pongan en duda su aplicación, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna (**Meta-regla N.º 15**).
- Una regla válida resulta derrotada por un principio contrario, si, dado el caso, el principio subyacente a la regla no resulta aplicable, sin que para ello sea necesaria ponderación alguna (**Meta-regla N.º 16**).
- Si efectuada la ponderación un principio que resultaría afectado por la aplicación de una regla, tiene mayor peso que el principio subyacente que la respalda en el caso, la regla resulta derrotada, de lo contrario la regla se aplica (**Meta-regla N.º 17**).

16. Sin perjuicio de las meta-reglas orientadas a la racionalidad de un discurso jurídico, la derrotabilidad jurídica genera como consecuencia una fuerte indeterminación normativa. Sin perjuicio de ello, debe tenerse en cuenta que la derrotabilidad es una propiedad disposicional de la norma jurídica, pues su manifestación está sometida a la condición de que se presente una colisión con

otra norma de mayor fuerza. Ello genera, a su vez, que la indeterminación del Derecho derivada de la derrotabilidad de las normas jurídicas, sea también una propiedad disposicional y no categórica.

17. En la búsqueda de un mecanismo que permita reducir el grado de potencial indeterminación jurídica derivada de la derrotabilidad de las normas, es preciso situarse en el marco del razonamiento judicial, pues es en ese ámbito en el que hechos y Derecho se fusionan, en el que las normas y sus razones subyacentes se hacen explícitas, y en el que la ponderación se realiza con mayores elementos de juicio. En definitiva, se trata de un ámbito en el que, en contraposición a lo que sucede en la esfera legislativa, existe una mayor conexión con la razón que la que existe con la voluntad.
18. El precedente constitucional vinculante, sustentado en los principios de igualdad, seguridad, coherencia y universalidad, y en virtud del cual, casos sustancialmente análogos, salvo justificación expresa y razonable, deben merecer una misma solución jurídica, aparece como un instrumento idóneo para la reducción de la indeterminación jurídica generada por la derrotabilidad. Ello debido a que, a pesar de que la propiedad de la derrotabilidad tampoco le es ajena, hay razones que reducen considerablemente su posibilidad de manifestación. Tales razones son las siguientes: a) emana de una interpretación *bidireccional* entre hechos y Derecho; b) en él las reglas y sus razones subyacentes se hacen explícitas reduciendo considerablemente el grado de discrecionalidad de quien deba interpretarlas; c) promueve un juicio universalista y no particularista por parte de la judicatura; y, d) aumenta la sensación de certidumbre en los justiciables.
19. No es incompatible considerar que siempre es potencialmente posible que un caso individual permita advertir una excepción a una norma no contemplada expresamente en su caso genérico (tesis de la derrotabilidad), y considerar, al mismo tiempo, que todo caso individual debe ser resuelto conforme al criterio de que todo futuro caso que revista las mismas propiedades relevantes deberá merecer la misma solución (tesis de la universalidad). De hecho, se trata de dos tesis que deben ser defendidas al unísono si no se quiere que por sostener solo una u otra el sistema jurídico actúe como un enemigo de la dignidad humana. Y es que una universalidad sin justicia jurídico-material es tan peligrosa como una justicia jurídico-material de contenidos siempre impredecibles.

20. En la medida de que en los sistemas de tradición romano germánica, no existe una tendencia institucionalizada al uso del precedente, ni a las técnicas propias de su identificación, una fórmula para su incorporación sería facultar expresamente a un órgano de máxima jerarquía (los tribunales constitucionales, por ejemplo), a dictar precedentes vinculantes, pero con la particularidad de que sería el propio órgano emisor el encargado de explicitar la regla concreta que pretende proyectar como criterio vinculante, incorporándola al fallo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A., «Las reglas en serio», en: A. Aarnio, E. Garzón Valdés y J. Uusitalo (compiladores), *La normatividad del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Aarnio, A., «¿Una única respuesta correcta?», en: A. Aarnio, M. Atienza y F. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.
- Aguiló, J., *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.
- Aguiló, J., «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», en: *Doxa*, N.º 26, 2003.
- Ahumada, M. A., «Stare decisis y creación judicial del Derecho (Constitucional)», en: *REDC*, Año 23, N.º 67, Enero – Abril 2003.
- Alchourrón, C. «Detachment and defeasibility in deontic logic», en: *Studia Logica*, N.º 57, 1996.
- Alchourrón, C., *Fundamentos para una teoría general de los deberes*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1975.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis lógico y Derecho*, CEC, Madrid, 1991.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Fontamara, México, 1997.
- Aleinikoff, A., «Balancing», en: J. Garvey y A. Aleinikoff, *Modern Constitutional Theory*, West Publishing Co., Saint Paul, 1991.
- Alexy, R., «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica», traducción de M. Atienza, en: *Doxa*, N.º 5, 1998.
- Alexy, R., «Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático», traducción de A. García Figueroa, en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Alexy, R., *El concepto y la validez del Derecho*, 2da. edición, traducción de J. Seña, Gedisa, Barcelona, 2004.
- Alexy, R., *Teoría de argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, 1ra. edición ampliada, traducción de C. Bernal, Palestra, Lima, 2007.

- Alexy, R., «Sobre los derechos constitucionales a protección», traducción de R. Jowers y R. García Manrique, en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. edición, traducción de C. Bernal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Alexy, R., y García Figueroa, A., *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007.
- Alexy, R., «Principios formales», traducción de M. Quimbayo, en: *Doxa*, N.º 37, 2014.
- Ansuátegui, F. J. *Poder, Ordenamiento jurídico, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1997.
- Ansuátegui, F. J., «Las definiciones del Estado de Derecho y los derechos fundamentales», en: *Sistema*, N.º 158, 2000.
- Ansuátegui, F. J., «Estado de Derecho, crisis de la ley y Estado constitucional», en: V. Zapatero (editor), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, T. II, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002.
- Ansuátegui, F. J., «Creación judicial del Derecho: crítica de un paradigma», en: AA. VV., *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Prof. Mario Losano*, Dykinson, Madrid, 2006.
- Aragón, M., «El control como elemento inseparable del concepto de Constitución», en: *REDC*, N.º 19, Enero – Abril, 1987.
- Aragón, M., «La Constitución como paradigma», en: AA.VV. *El significado actual de la Constitución*, UNAM, México D.F., 1998.
- Arena, F., *El convencionalismo jurídico. Un recorrido analítico*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Arruego, G., «El recurso al concepto de dignidad humana en la argumentación biojurídica», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- Asís, R de, *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- Asís, R. de, *Una aproximación a los modelos de Estado de Derecho*, Dykinson / Universidad de Jaén, Madrid, 1999.
- Asís, R. de, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al Poder*, Dykinson, Madrid, 2000.

- Asís, R. de, «De nuevo sobre la relación entre el Derecho y el Poder», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XVII, 2000.
- Asís, R. de, *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: Una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2001.
- Asís, R. de, *El juez y la motivación en el Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2005.
- Asís, R. de, «Sobre los rasgos de lo jurídico», en: *El Derecho en Red. Estudios en Homenaje al Prof. Mario Losano*, Dykinson, Madrid, 2006.
- Asís, R. de, «Algunas reflexiones derivadas de la discapacidad desde la teoría de los derechos», en: I. Campoy y A. Palacios (compiladores), *Derechos humanos y discapacidad*, Dykinson, Madrid, 2008.
- Asís, R. de, Barranco, M. C., Cuenca, P., Palacios, A., «Algunas reflexiones sobre el impacto de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad en el Derecho español», en: P. Cuenca (editora), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010.
- Asís, R. de, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.
- Atienza, M., *Entrevista a Robert Alexy*, traducción de M. Atienza, en: *Doxa*, N.º 24, 2001.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J., «Rules and principles revisited», en: *Associations*, N.º 4, 2000.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J., *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del Derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2000.
- Atienza, M. y Ruíz Manero, J., *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, 2004.
- Atienza, M., Ruíz Manero, J., «Reglas, principios y derrotabilidad», en: *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2009.
- Atienza, M., *Bioética, Derecho y argumentación*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2010.
- Atienza, M. y García Amado, J. A., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra / Temis, Lima / Bogotá, 2012.
- Ávila, H., *Teoría de los principios*, traducción de L. Criado, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

- Barak, A., *Judicial Discretion*, Yale University Press, New Haven, 1989.
- Barranco, M. C., *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004.
- Barranco, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Barranco, M. C., «El papel del juez en el Estado constitucional», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XXII, 2005.
- Barranco, M. C., «Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista», en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- Barranco, M. C., «Constitución, derechos humanos y Filosofía del Derecho: una teoría de la justicia para el constitucionalismo contemporáneo», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º XXVIII, 2012.
- Bayón, J. C., *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Bayón, J. C., «Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional», en: *Jueces para la democracia*, N.º 27, 1996.
- Bayón, J.C., «Derrotabilidad, indeterminación del Derecho y positivismo jurídico», en: *Isonomía*, N.º 13, Octubre 2000.
- Bayón, J. C., «¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico?», en: *Doxa*, N.º 24, 2001.
- Bayón, J. C., «El contenido mínimo del positivismo jurídico», en: V. Zapatero (editor), *Horizontes de la filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, T. II, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002.
- Bayón, J. C., «Derecho, convencionalismo y controversia», en: M. C. Redondo y P. Navarro (compiladores), *La relevancia del Derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- Bayón, J. C., «Proposiciones normativas e indeterminación del Derecho», en: J.C. Bayón y J. Rodríguez, *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*, Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá, 2003.

- Bayón, J. C., «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/bayon-democracia.pdf
- Beltrán de Felipe, M. y González, J., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- Bell, J., «Discretionary decision-making: a jurisprudential view», en: Hawkins, K. (editor), *The users of discretion*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- Berlin, I., «Dos conceptos sobre la libertad», en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1988.
- Betegón, J., «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», en: *Doxa*, N.º 21, 1998.
- Bilbao Ubillós, J. M. y Rey Martínez, F., «Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional», en: M. Aragón y J. Martínez-Simancas, *La Constitución y la práctica del Derecho*, V. I, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- Bernal, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- Bobbio, N., *Teoría della norma giuridica*, G. Giappichelli, Torino, 1958.
- Bobbio, N., «La razón en el Derecho (observaciones preliminares)», traducción de A. Ruíz Miguel, en: *Doxa*, N.º 2, 1985.
- Bobbio, N., *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá, 1987.
- Bobbio, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, A. Ruíz Miguel (editor), Debate, Madrid, 1990.
- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, traducción de R. de Asís, Sistema, Madrid, 1991.
- Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, traducción de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- Bobbio, N., *Teoría General del Derecho*, Themis, Santa Fe de Bogotá, 1997.
- Böckenförde, E. W., «Teoría e interpretación de los derechos fundamentales», en: *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de J. L. Requejo e I. Villaverde, prólogo de F. J. Bastida, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, 1993.
- Borowski, M., *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- Bouvier, H., *Particularismo y Derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- Bulygin, E., «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en: *Doxa*, N.º 9, 1991.
- Bulygin, E., «¿Hay relación necesaria entre derecho y moral?», en: R. Vázquez (compilador), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- Bulygin, E., «Raz y la teoría del Derecho. Comentarios sobre “¿Puede haber una teoría del Derecho?” de Joseph Raz», traducción de H. Bouvier, en: J. Raz, R. Alexy y E. Bulygin, *Una discusión sobre la teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Buriticá, E., «Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable», en: *Estudios de Derecho*, V. 72, N.º 159, 2015.
- Campbell, T. «El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como derecho humano», en: *Doxa*, N.º 27, 2004.
- Campbell, T., *The legal theory of ethical positivism*, Darmouth, Aldershot, 1996.
- Campoy, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006.
- Cappelletti, M., *Giudice legislatore?*, Giuffré, Milán, 1984.
- Cappelletti, M., «¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”», traducción de P. de Luis Durán, en: *REDC*, Año 6, N.º 17, Mayo – Agosto 1986, pp. 9 – 46.
- Caracciolo, R., «Una discusión sobre normas derrotables», en: *Discusiones*, N.º 5, 2005.
- Caracciolo, R., «Normas derrotables. La concepción de Carlos Alchourrón», en: *Análisis Filosófico*, V. 26, N.º 1, 2006.
- Caracciolo, R., *El Derecho desde la Filosofía*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Carnota, R., «Lógica e inteligencia artificial», en: C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (editores), *Lógica. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1995.
- Carpio, E., «Un antecedente del Tribunal Constitucional: El *Jury Constitutionnaire* (Una lectura heterodoxa de Sieyès)», en: *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, N.º 1, 1999.
- Carpio, E., «Constitución y reelección presidencial: el caso peruano», en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XXXIII, N.º 98, Mayo – Agosto 2000.

- Carpio, E., «¿Interpretación auténtica de la Constitución?», en: *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, Año 1, N.º 1, julio 2000.
- Carré de Malberg, R., *Teoría general del Estado*, Facultad de derecho, UNAM / Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2001.
- Carrió, G., «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, 5ta. edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- Castillo, L. «¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?», en: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 12, Enero – Julio, 2005.
- Castillo, L. «Pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales», en: *Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica)*, T. 139, Junio 2005.
- Castro, F. de, *Derecho Civil de España (1949 – 52)*, Civitas, Madrid, 1980.
- Celano, B., *Derecho, justicia, razones* (traducción de A. Greppi y F. Laporta), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.
- Chiassoni, P., *La giurisprudenza civile*, Giuffrè, Milano, 1999.
- Coleman, J., «On the relationship between law and morality», en: *Ratio Iuris*, N.º 2, 1989.
- Coleman, J., «Incorporationism, conventionality and the practical difference thesis», en: *Legal Theory*, N.º 4, 1998.
- Coleman, J. *The practice of principle. In defence of a pragmatist approach to legal theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- Comanducci, P., «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en: *Doxa*, N.º 21, V. II, 1998.
- Crisafulli, V., «Disposizione (e norme)», en: *Enciclopedia del diritto*, V.XIII Giuffrè, Milán, 1964.
- Cuenca, P., «Una aproximación a la teoría pura del derecho de Hans Kelsen», en: *Papeles del tiempo de los derechos*, N.º 3, Año 2010.
- Dahlman, C., «Adjudicative and epistemic recognition», en: *Analisi e diritto*, P. Comanducci y R. Guastini (editores), 2004.
- Dahm, G., «Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht», en: R. Freisler (editor), *DStR*, 1934.
- Dancy, J., «Una ética de los deberes *prima facie*», en: P. Singer (editor), *Compendio de ética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- Dancy, J., «On the Logical and Moral Adequacy of Particularism», en: *Theoria*, V. 65, Parte 1, 1999.

- De la Vega, M., *La sentencia constitucional en Italia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- Delgado Pinto, J., «Sobre la vigencia y la validez de las normas jurídicas», en: *Doxa*, N.º 7, 1990.
- Delgado Pinto, J., «La noción de integridad en la teoría del Derecho de R. Dworkin: análisis y valoración», en: *Derechos y libertades*, N.º 11, 2002.
- Díaz, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973.
- Díaz, E., «El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas», en: *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid, 1978, pp. 51 – 70.
- Díaz, E., «Estado de Derecho: exigencias internas, dimensiones sociales», en: *Sistema*, N.º 125, 1995, p. 35 y ss.
- Díaz, E., «Derechos Humanos y Estado de Derecho», en: J. A. López y J. A. del Real (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 123 – 146.
- Díaz, O., *El derecho constitucional de libertad religiosa del menor. Familia, escuela y tratamientos médicos*, Palestra, Lima, 2010.
- Díaz Revorio, J., *La interpretación constitucional de la ley. Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Palestra, Lima, 2003.
- Díez-Picazo, L., «La jurisprudencia», en: *El Poder Judicial*, Volumen I, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1983.
- Díez-Picazo, L. M., , *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2005.
- Dorado, J., *Iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una revisión de los argumentos en defensa del iuspositivismo*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2004.
- Dworkin, R., *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge / Massachusetts, 1986.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 5ta. reimpresión, traducción de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 2002.
- Engisch, K., *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 2da. edición, Heildelberg, 1960.
- Engisch, K., *Introducción al pensamiento jurídico*, traducción de E. Garzón, Guadarrama, Madrid, 1967.
- Escudero, R., *Positivismo jurídico y moral interna del derecho*, CEPC, Madrid, 2000.

- Escudero R., *Los calificativos del positivismo jurídico. El debate sobre la incorporación de la moral*, Civitas, Madrid, 2004.
- Escudero, R., «Incorporacionismo, criterio material de validez y certeza del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XXII, 2005.
- Fariñas, M. J., *El problema de la validez jurídica*, Civitas, Madrid, 1991.
- Farrel, M., «Las obligaciones jurídicas como obligaciones *prima facie*», en: E. Bulygin *et. al.* (compiladores), *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- Farrell, M., «¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico? », en: *Doxa*, N.º 21, 1998.
- Fernández, E., «Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho», en: J. A. López y J. A. del Real (editores), *Los derechos: entre la ética, el poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
- Fernández, R., «Notas sobre el Derecho Constitucional como nuevo Derecho común», en: *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, N.º 1, 1989.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de P. Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 2006.
- Ferreres, V., *Justicia constitucional y democracia*, 2da. edición, CEPC, Madrid, 2007.
- Fuller, L., *La moral en el Derecho*, traducción de F. Navarro, Trillas, México D.F., 1967.
- García Amado, J. A., «Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º VIII, 1991.
- García Amado, J. A., «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», en: M. Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- García Amado, J. A., «El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica», en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.
- García-Carpintero, M., *Las palabras, las ideas y las cosas*, Ariel, Barcelona.
- García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ta. edición, Civitas, Madrid, 2006.
- García Figueroa, A., *Principios y positivismo jurídico*, CEPC, Madrid, 1998.
- García Figueroa, A., «Constitucionalismo y positivismo», en: *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, Año 18, N.º 54, Septiembre – Diciembre 1998.

- García Figueroa, A., «La incidencia de la derrotabilidad de los principios iusfundamentales sobre el concepto de Derecho», en: *Diritto & questioni pubbliche*, N.º 3, 2003.
- García Figueroa, A., «Norma y valor en el neoconstitucionalismo», en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 7, Volumen 2, Enero – Junio 2006.
- García Figueroa, A., «El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo», en: A. García Figueroa (editor), *Racionalidad y Derecho*, CEPC, Madrid, 2006.
- García Figueroa, A., «¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy», en: R. García Manrique (editor), *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 333 – 370.
- García Manrique, R., «Acerca de la intrínseca moralidad del Derecho», en: *Derechos y Libertades*, N.º 10, 2001.
- Garzón, E., *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- Garzón, E., «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», en: R. Vázquez (compilador), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Gedida, Barcelona, 1998.
- Garzón, E., «Imperio de la ley: motivos para el desencanto», en: *Jueces para la democracia*, N.º 32, 1998.
- Gascón, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993.
- Gascón, M., «La coherencia del ordenamiento jurídico. El problema de las antinomias», en: J. Betegón (et al.), *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- Gianformaggio, L., «L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole ed argomentazione basata su principi», en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1985.
- Gianformaggio, L., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Turín, 1986.
- Geiger, T., *Estudios de Sociología del Derecho* (1964), traducción de A. Camacho, G. Hirata y R. Orozco, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1984.
- Guastini, R., *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Giappichelli, Turin, 1985.
- Guastini, R., «Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico», en: E. Lecaldano y L. Gianformaggio (editores), *Etica e diritto. La via della giustificazione razionale*, Laterza, Bari, 1986.

- Guastini, R., *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Torino, 1990.
- Guastini, R., *Le fonti del Diritto e l'interpretazione*, Giufre', Milán, 1993.
- Guastini, R., «Derecho dúctil, Derecho incierto», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. XIII, 1996.
- Guastini, R., «Principios de derecho y discrecionalidad judicial», en: *Jueces para la Democracia*, N.º 34, Marzo 1999.
- Guastini, R., «Los principios en el Derecho positivo», en: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, traducción de J. Ferrer, Gedisa, Barcelona, 2000.
- Guastini, R., «Cinco observaciones sobre validez y derogación», en: *Discusiones*, N.º 2, 2001.
- Guastini, R., «La “constitucionalización” del ordenamiento jurídico: el caso italiano», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Guastini, R., «Variaciones sobre temas de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Derrotabilidad, lagunas axiológicas e interpretación», en: *Doxa*, N.º 31, 2008.
- Günther, K., «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», traducción de J.C. Velasco, en: *Doxa* 17-18, 1995.
- Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, E. Mikunda (ed.), Tecnos, Madrid, 2002.
- Häberle, P., *Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlín, 1978.
- Habermas, J., *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, 4ta. edición, traducción de M. Jiménez, Trotta, Madrid, 2005.
- Hare, R., *Moral thinking. Its levels, method and points*, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- Hart, H. L. A., «The ascription of responsibility and rights», en: *Proceedings of the Aristotelian Society*, N.º 49, 1948 – 1949.
- Hart, H. L. A., *Punishment and responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.
- Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, 2da. edición, traducción de G.R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977.
- Hart, H. L. A., «El nuevo desafío al positivismo jurídico», traducción de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en: *Sistema*, N.º 36, 1980.
- Hart, H. L. A., «Lon L. Fuller: The morality of law», en: H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- Hart, H. L. A., «Positivism and the separation of Law and Morals», en: *Essays in jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.

- Hart, H. L. A., *Post scriptum al Concepto de Derecho*, P. Bulloch y J. Raz (editores), traducción de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México D. F., 2000.
- Hart Ely, J., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, traducción de M. Holguín, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, 1997.
- Hesse, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20a. edición, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.
- Hobbes, Th., *Diálogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, traducción de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1992.
- Hoerster, N., «Acerca del significado del principio de la dignidad humana», en: *En defensa del positivismo jurídico* (traducción de E. Garzón Valdés y revisión de R. Zimmerling), Gedisa, Barcelona, 2000.
- Höffe, O. (editor), *Diccionario de Ética*, traducción de J. Vigil, Crítica, Barcelona, 1994.
- Holmes, S., «El precompromiso y la paradoja de la democracia», en: *Constitucionalismo y democracia*, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A. C. / Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1999.
- Igartua, J., «Sobre “principios” y “positivismo legalista”», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N.º 14, 1986.
- Igartua, J., «El indeterminado concepto de los conceptos indeterminados», en: *Revista Vasca de Administración Pública*, N.º 56, 2000.
- Iglesias, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- Iglesias, M., «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», en: *Doxa*, N.º 23, 2000.
- Iglesias, M., «¿Son genuinas las reglas genuinas de Cristina Redondo? Algunas observaciones a “Reglas genuinas y positivismo jurídico”», en: http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/iglesias-son-genuinas.pdf
- Iturralde, V., *Lenguaje legal y sistema jurídico. Cuestiones relativas a la aplicación de la ley*, Tecnos, Madrid, 1989.
- Iturralde, V., *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.
- Jaén Vallejo, M., «El principio de igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: *Boletín del*

Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Revista Jurídica General, N.º 2, Marzo – Abril 1987.

- Jiménez, J., Artículo 53: Protección de los derechos fundamentales», en: O. Alzaga (director), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales / EDESA, Madrid, 1997.
- Jiménez, R., «Los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español», en: *Revista telemática de filosofía del Derecho*, N.º 3, 1999 – 2000.
- Kāgi, W., *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945.
- Kelsen, H., «Justicia y Derecho natural», en: H. Kelsen, N. Bobbio (et al.), *Crítica del Derecho natural*, traducción de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966.
- Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982.
- Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Tecnos, Madrid, 1985.
- Kelsen, H., «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)» (traducción de R. Tamayo y Salmerón, revisada y corregida por D. García Belaúnde), en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N.º 10, julio – diciembre, 2008.
- Landa, C., «Dignidad de la persona humana», en: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 7, 2002.
- Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2da. edición, Ariel, Barcelona, 1980.
- Laporta, F., «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en: *Doxa*, N.º 15-16, 1994.
- Laporta, F., *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007.
- Limbach, J., «Función y significado del recurso constitucional en Alemania», en: *Cuestiones Constitucionales*, N.º 3, Julio – Diciembre 2000.
- Long, Th., «Deciding whether conflicts with Supreme Court precedent warrant certiorari», en: *New York University Law Review*, N.º 59, 1984.
- López Guerra, L., «El Tribunal Constitucional y el principio “stare decisis”», en: *El Tribunal Constitucional*, V. II, Instituto de Estudios Fiscales / Dirección General de lo Contencioso del Estado, Madrid, 1981.
- Lucas, J. de, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temás de Hoy, «Ensayo», Madrid, 1994.

- Lucas, J. de y Añón, M. J., «Necesidades, razones, derechos», en: *Doxa*, N.º 7, 1990.
- Lucas, J., *On justice*, Clarendon Press, Oxford, 1980.
- Luque, P., *De la Constitución a la moral. Conflictos entre valores en el Estado Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- Mac Cormick, «A moralistic case for a moralistic law», en: *Valparaíso Law Review*, N.º 20, 1985.
- Mac Cormick, N., «Los derechos de los niño: una prueba de fuego para las teorías de los derechos», traducción de M. Carreras y L. Martínez Pujalte, en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º 5, 1988.
- Magaloni, A., *El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, McGraw Hill, Madrid, 2001.
- Marmor, A., «Coherencia, holismo e interpretación: el fundamento epistémico de la teoría jurídica de Dworkin», en: *Interpretación y teoría del Derecho*, traducción de M. Mendoza, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Marmor, A., en *Social conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton, 2009.
- Martínez, D., *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Marinoni, L., *Precedentes obligatorios*, traducción C. Delgado, Palestra, Lima, 2013.
- Martínez, D. «Alternativas a la ponderación. El modelo de Susan L. Hurley», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N.º 86, Mayo – Agosto, 2009.
- Martínez, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- Martínez-Pujalte, A. L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- Mayer, L., «Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica», en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N.º XXXVII, 2do. Semestre, 2011.
- Mendonca, D., *Los derechos en juego. Conflicto y balance de derechos*, Tecnos, Madrid, 2003.
- Miceli, V., «I principii generali del diritto», en: *Rivista di diritto civile*, año XV, 1923.
- Moore, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge University Press, Cambridge, 1903.
- Moreso J. J. , «El encaje de las piezas del Derecho» (primera parte en: *Isonomía*, N.º 14, Abril 2001, pp. 135 – 157, y segunda parte en: *Isonomía*, N.º 15, Octubre 2001).

- Moreso, J. J., «Conflicto entre principios constitucionales», en: M. Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
- Moreso, J. J., «El positivismo jurídico y la aplicación del Derecho», en: *Doxa*, N.º 27, 2004.
- Moreso, J., Navarro, P. y Redondo, C., «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», en: *Doxa*, N.º 11, 1992.
- Moreso, J. J. y Navarro, P., *Orden Jurídico y Sistema Jurídico. Una investigación sobre la identidad y dinámica de los sistemas jurídicos*, CEC, Madrid, 1993.
- Mosterín, J., *La naturaleza humana*, Austral, Madrid, 2006.
- Müller, F., «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», traducción de L. Villacorta, en: *REDC*, Año 9, N.º 27, Septiembre – Diciembre 1989.
- Müller, I., *Los juristas del horror*, traducción de C. Figueredo, Álvaro Nora, Bogotá, 2009.
- Nino, C. *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Nino, C., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Nino, C., *Introducción al análisis del Derecho*, 11ra. edición, Ariel, Barcelona, 2003.
- Otto, I. de, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en: L. Martín-Retortillo e I. de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
- Otto, I. de, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Palacios, A., *Concepto y control del procedimiento legislativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Peces-Barba, G., *Derechos fundamentales*, 3ra. edición, Latina, Madrid, 1980.
- Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Técnos, Madrid, 1984.
- Peces-Barba, G., «Los derechos del hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, N.º VI, 1989.
- Peces-Barba, G., «Desacuerdos y acuerdos con una obra importante», epílogo incorporado al libro de G. Zagrebelsky, *El Derecho dúctil*, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís, C. Fernández y Á. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

- Peces-Barba, G., *La dignidad de la persona humana desde la Filosofía del Derecho*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, 2003.
- Peces-Barba, G., «Dignidad humana», en: J. J. Tamayo –director–, *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005.
- Pele, A., *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III del Madrid / Dykinson, Madrid, 2010.
- Perelman, Ch., *La lógica jurídica y la nueva retórica* (1979), reimpresión, traducción de I. Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.
- Pérez Luño, A. E., «La metamorfosis del sistema de derechos fundamentales y la crisis del positivismo jurídico», en: J. A. Ramos Pascua y M. A. Rodilla Gonzáles (editores), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006.
- Pino, G., «Conflicto y balance entre derechos fundamentales. Un mapa de problemas», en: *Derechos fundamentales, conflictos y ponderación*, traducción de F. Morales y P. Luque, Palestra, Lima, 2013.
- Postema, G., *Bentham and the common law tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Pozzolo, S. y Escudero, R. (editores), *Disposición vs. norma*, Palestra, Lima, 2011.
- Prakken, H., *Logical Tools for Modeling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law*, Kluwer, Dordrecht / Boston / London, 1997.
- Prakken, H., y Sartor, G., «The three faces of defeasibility in the law», en: *Ratio Juris*, N.º 17, 2004.
- Presno, M., «Dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- Prieto, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.
- Prieto, L., *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México D. F., 1997.
- Prieto, L., «La doctrina de los principios generales del Derecho y la distinción entre principios y reglas», en: J. Betegón (et al.), *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, 1997.
- Prieto, L., «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado Constitucional», en: *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998, pp. 5 – 45.

- Prieto, L., «Diez argumentos a propósito de los principios», en: *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 1998.
- Prieto, L., «Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación constitucional», en: *Cuadernos del Derecho Público*, N.º 11, Septiembre – Diciembre 2000.
- Prieto, L., «Tribunal Constitucional y positivismo jurídico», en: *Doxa*, N.º 23, 2000.
- Prieto, L., *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.
- Prieto, L., *Apuntes de Teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2005.
- Prieto, L., *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Palestra/Temis, Lima/Bogotá, 2005.
- Prieto, L., «El constitucionalismo de los derechos», en: M. Carbonell (editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- Prieto, L., «Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico», en: *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N.º 10, 2007.
- Prieto, L., *La filosofía penal de la Ilustración*, Palestra, Lima, 2007.
- Puigpelat, F., «Principios y normas», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. VI, 1990.
- Radbruch, G., «Leyes que no son derecho y derecho por encima de las leyes», en: G. Radbruch, E. Schmidt y H. Welzel, *Derecho injusto y Derecho nulo*, traducción de J. M. Rodríguez Paniagua, Aguilar, Madrid, 1971.
- Ratti, G., *El gobierno de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Ratzinger, J., *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 4ta. edición, RIALP, Madrid, 2005.
- Rawls, J., *Teoría de la justicia*, traducción de M. González, 2da. edición, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1995.
- Rawls, J., *El liberalismo político*, traducción de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 1996.
- Raz, J., «Legal principles and the limits of law», en: *The Yale Law Journal*, V. 81, N.º 5, 1972.
- Raz, J., *The concept of a Legal System*, 2da. edición, Oxford University Press, Oxford, 1980.
- Raz, J., *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, traducción de R. Tamayo, UNAM, México D. F., 1982.
- Raz, J., *Razón práctica y normas*, traducción de J. Ruíz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

- Raz, J., «On the Nature of Law», en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, N.º 82, 1996.
- Raz, J., «About morality and the nature of law», en: *The American Journal of Jurisprudence*, N.º 48, 2003.
- Raz, J., *Entre la autoridad y la interpretación*, traducción de H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- Redondo, M. C., «Teoría del Derecho e indeterminación normativa», en: *Doxa*, N.º 20, 1997.
- Redondo, C., «Reglas “genuinas” y positivismo jurídico», en: *Analisi e diritto*, Paolo Comanducci y R. Guastini (editores), 1998.
- Redondo, M. C., «Razones y normas», en: *Discusiones*, N.º 5, 2005.
- Reichel, H., *La ley y la sentencia (Orientación acerca de la doctrina actual sobre fuentes del Derecho y aplicación del último)*, traducción de E. Miñana Villagrasa, Reus, Madrid, 1921.
- Requejo, J. L., «Juridicidad, precedente y jurisprudencia», en: *REDC*, Año 10, N.º 29, Mayo – Agosto 1990.
- Requejo, J. L., *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- Rivera López, E., «Eutanasia y autonomía», en: *Problemas de vida o muerte*. Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Ródenas, A., «En la penumbra: indeterminación, derrotabilidad y aplicación judicial de normas», en: *Doxa*, N.º 24, 2001.
- Ródenas, A., *Los intersticios del Derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Rodríguez, J., «La derrotabilidad de las normas jurídicas», en: *Isonomía*, N.º 6, Abril 1997.
- Rodríguez, J., *Lógica de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- Rodríguez, J. y Súcar, G., «Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del derecho», en: *Analisi e diritto*, P. Comanducci y R. Guastini (editores), 1998.
- Rodríguez-Toubes, J., «En defensa de un modelo de reglas de derechos fundamentales», en: *Derechos y libertades*, N.º 6, 1998.
- Rodríguez, R., «El precedente constitucional en el Perú: entre el poder de la historia y la razón de los derechos», en: E. Carpio y P. Grández (coordinadores), *Estudios al precedente constitucional*, Palestra, Lima, 2006.

- Rorty, R., *Cuidar la libertad*, Madrid, Trotta, 2005.
- Ross, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, traducción de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963.
- Ross, W. D., *Lo correcto y lo bueno*, traducción de L. Rodríguez, Ediciones Sígueme S. A., Salamanca, 1994.
- Rubio Llorente, F., «La jurisdicción constitucional como forma de creación de Derecho», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 22, Enero – Abril 1988.
- Rubio Llorente, F., «Problemas de la interpretación constitucional», en: *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N.º 3 – 4, 1988.
- Rubio Llorente, F., *La forma del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.
- Ruíz, M., *Sistemas jurídicos y conflictos normativos*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson, Madrid, 2002.
- Ruíz-Giménez, J., «Comentario al artículo 10», en: O. Alzaga (director), *Constitución española de 1978*, Tomo II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984.
- Ruíz Manero, J., *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- Ruíz Manero, J., «Una tipología de las normas constitucionales», en: L. Ferrajoli y J. Ruíz Manero, *Un debate sobre principios constitucionales*, Palestra, Lima, 2014.
- Ruíz Miguel, A., «El principio de jerarquía normativa», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, N.º 24, Septiembre – Diciembre, 1988.
- Sagüés, N. P., «El Congreso versus el Tribunal Constitucional. La interpretación final de la Constitución», en: *Foro Constitucional Iberoamericano*, N.º 1, 2003, www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/a1NPS.pdf
- Sánchez, A., *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2005.
- Sartor, G., «Defeasibility in legal reasoning», en: Z. Bankowski (et al.) (editores), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Kluwer, Dordrecht / Boston / London, 1995.
- Schauer, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el Derecho y en la vida cotidiana*, traducción de C. Orunesu y J. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Shiner, R., *Norm and Nature*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

- Segura Ortega, M., «El movimiento del Derecho libre», en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X, 1993.
- Segura Ortega, M., *Sentido y límites de la discrecionalidad judicial*, Ramón Areces, Madrid, 2006.
- Serna, P., «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», en: *Humana Iura*, N.º 4, 1994.
- Sieckmann, J., «Los derechos fundamentales como principios», en: J. Sieckmann (editor), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Simmonds, N. E., *The decline of juridical reason: doctrine and theory in the legal order*, Manchester University Press, Manchester, 1984.
- Singer, P., *Liberación animal*, traducción de la Asociación Nacional para la defensa de los animales, Trotta, Madrid, 1999.
- Soper, P., «Choosing a legal theory on moral grounds», en: *Social Philosophy & Policy*, N.º 4, 1986.
- Suay Rincón, J., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: S. Martín-Retortillo (coordinador), *Estudios sobre la Constitución. Homenaje a Eduardo García de Enterría*, V. II, Civitas, Madrid.
- Tamayo, J. J. (director), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Editorial Verbo Divino, Navarra, 2005.
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980.
- Tarski A., *Logic, Semantics, Metamathematics*, Clarendon Press, Oxford, 1956
- Taruffo, M., «Dimensiones del precedente judicial», en: *Cinco lecciones mexicanas. Memoria del Taller de Derecho Procesal*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de Federación / Escuela Judicial Electoral, México D.F., 2003.
- Thomson, J., «A defense of abortion», en: *Philosophy and Public Affairs*, V. 1, N.º 1, 1971.
- Tribe, L., *American Constitutional Law*, The Foundation Press Mineola, New York, 1978.
- Vecchio, G. del, *Filosofía del Derecho*, 5ta. Edición, traducción de L. Legaz y Lacambra, Bosch, Barcelona, 1947.
- Vedel, G., «Indéfinissable mais présent», en: *Droits* N.º 11, 1990.
- Vernengo, R. J., *La interpretación literal de la ley y sus problemas*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1971.

- Vernengo, R. J., *La interpretación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1977.
- Veronesi, P., «La dignidad humana: una idea aparentemente clara», en: R. Chueca (director), *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.
- Viehweg, T., *Tópica y jurisprudencia*, 2da. edición, traducción de L. Díez Picazo, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- Vigo, R., «Una teoría distintiva “fuerte” entre normas y principios jurídicos», en: J. Delgado y R. Vigo, *Sobre los principios jurídicos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- Vigo, R., «La axiología jurídica de Gustav Radbruch», en: R. L. Vigo (compilador), *La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)*, 1ra. reimpresión, Facultad de Derecho de la UBA / La Ley, Buenos Aires, 2006.
- Vírgala, E., «Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 21, N.º 62, Mayo – Agosto, 2001.
- Von Münch, I., «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional», traducción de J. Nicolas Muñiz, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 2, N.º 5, Mayo – Agosto, 1982.
- Waismann F., «Verifiability», en *Proceeding of the Aristotelian Society*, N.º 19, 1945.
- Waldron, J., «Hart y los principios de legalidad», en: M. Kramer (et. al. compiladores), *El legado de H. L. A. Hart*, traducción de C. Orunesa y J. Rodríguez, Marcial Pons, Madrid, 2012.
- Waluchow W., *Positivismo jurídico incluyente*, traducción de M. Gil, R. Tesone y H. Zuleta, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Waluchow, W., «Defeasibility and legal positivism», en: J. Ferrer y G. Ratti (editores), *Logic of legal requirements: essays on defeasibility*, Oxford University Press, Londres, 2012.
- Wróblewski, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, traducción de A. Azurza, Civitas, Madrid, 1988.
- Wright, G. H. von, *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, Londres, 1963.
- Xiol Ríos, A., «El ordenamiento jurídico y la aplicación equitativa del Derecho a todos los ciudadanos mediante el principio de igualdad», en: AA. VV., *Temas básicos del Derecho. Una visión actual*, V. I, Madrid, 1992.

- Zagrebelsky, G., «¿Derecho Procesal Constitucional?», en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N.º IV, Diciembre 2001.
- Zagrebelsky, G., *El Derecho dúctil*, 6ta. edición, traducción de M. Gascón, Trotta, Madrid, 2005.
- Zagrebelsky, G., *Contra la ética de la verdad*, traducción de A. Núñez, Trotta, Madrid, 2010.
- Zoco, C., *Igualdad en la aplicación de las normas y motivación de sentencias (artículos 14 y 24.1 CE)*, Bosch, Barcelona, 2003.
- Zucca, L., «Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales», traducción de D. Martínez), en: L. Zucca (*et. al.*), *Dilemas constitucionales*, Marcial Pons, Madrid, 2011.